

VU Research Portal

Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten

van Ommeren, F.J.

published in

Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid
2012

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. J. (2012). Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten. In S. E. Zijlstra (Ed.), *Wetgeven. Handboek voor de centrale en decentrale overheid* (pp. 149-236). (Handboeken Staats- en bestuursrecht). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Wetgevingsbeleid: remedies en instrumenten

F.J. van Ommeren

5.1 Inleiding: remedies voor de vermindering van regeldruk

5.1.1 *Het spanningsveld: wetgeven en de vermindering van regeldruk*

Wetgeving wordt wel beschouwd als een noodzakelijk kwaad: zij geldt voor de overheid als hét instrument bij uitstek om op een stevige en daadkrachtige manier in te grijpen in het reilen en zeilen van de samenleving. Daar staat echter tegenover dat voor degenen tot wie de wettelijke regel is gericht, de 'klap' wel hard kan aankomen: plannen en voornemens kunnen niet, niet goed of slechts na velerlei hinderlijke tussenstappen worden gerealiseerd, de handelingsruimte van de normadressaat kan immers door wetgeving ernstig worden beknot.¹ Het is dit spanningsveld waarin de wetgever zijn keuzes voor het juiste instrumentarium moet maken. Daarbij dient er, als het goed is, aan de ene kant voor te worden gezorgd dat met het gekozen instrumentarium de doelen van het wettelijk ingrijpen zo goed mogelijk kunnen worden gerealiseerd, en aan de andere kant dat – tevens – de regeldruk voor de normadressaten zo laag mogelijk blijft. Het streven moet er steeds op gericht zijn de gestelde doelen te halen en tegelijk de investeringen en inspanningen van de burgers, bedrijven en instellingen om zich aan de wet te houden zo gering mogelijk te laten zijn.² De moeilijke opgave is dus om de minst belastende wettelijke regels te maken en daarvoor het juiste instrumentarium te kiezen.

Het belangrijke, voor de hand liggende uitgangspunt, dat het gekozen instrumentarium moet aansluiten bij de doelstellingen van de wet, volgt uit Ar 7 onderdeel d. De andere kant van de medaille, dat de regeldruk zo gering mogelijk moet blijven, volgt minder uitdrukkelijk uit de Ar, men zie evenwel Ar 8 over zelfregulering.

Op decentraal niveau geeft Igr 4 aan dat voor een nieuwe regeling alleen plaats is als dit wettelijk verplicht is of als de noodzaak hiervan is vastgesteld. Voor dit laatste geldt dat altijd moet worden

1 Zie het vorige hoofdstuk.

2 Zie over wat precies onder regeldruk moet worden verstaan meer uitvoerig het vorige hoofdstuk.

bezien of beter gebruik van de huidige instrumenten niet volstaat. Wat betreft de beperking van de regeldruk geeft Igr 5 enkele richtsnoeren. Ook wordt in de toelichting van deze bepaling benadrukt dat de gemeente dient te streven naar 'empathisch regelgeven'. Door zich in te leven in degenen die met de regeling dienen te werken kan worden nagegaan of de regels geen onnodige lasten meebrengen voor de betrokkenen, zoals bijvoorbeeld onnodige of onhandige informatieplichten en vermijdbare afwijkingen van de wijze waarop uitvoerende en handhavende ambtenaren te werk plegen te gaan.

De wijze waarop met dit spanningsveld wordt omgegaan is voor een belangrijk deel politiek bepaald. In het vorige hoofdstuk zijn de twee principiële – ideologische – benaderingen die voor de vermindering van regeldruk het meest invloedrijk zijn, reeds kort aangestipt. In de eerste plaats is dat de benadering die benadrukt dat regeldrukvermindering tot een verschuiving van *verantwoordelijkheden* leidt. Uitgangspunt in deze benadering is dat de verantwoordelijkheid voor de vervulling van publieke of maatschappelijke taken zoveel mogelijk bij de betrokkenen zelf moet worden gelegd en pas in de laatste plaats bij de overheid. In de tweede plaats is er de economische benadering, die primair gericht is op de versterking van *marktwerking en vraagsturing*. Beide benaderingen beïnvloeden de keuze voor bepaalde instrumenten waarmee de regeldruk wordt veroorzaakt. Beide benaderingen zijn dan ook in het algemeen wetgevingsbeleid te onderkennen. Deze benaderingen sluiten elkaar niet uit, maar kunnen ook heel goed samen en gelijktijdig de beweegredenen zijn voor het maken van bepaalde keuzen.

Het is in het bijzonder aan de wetgevingambtenaar om de keuzes te maken en het juiste, dat wil zeggen het best passende en dus minst belastende, instrumentarium voor te stellen. Hij maakt die keuzes in de eerste plaats in het genoemde spanningsveld tussen noodzakelijk ingrijpen en zo gering mogelijk houden van de regeldruk én in de tweede plaats tegen de achtergrond van de genoemde ideologische benaderingen en remedies. Het zijn keuzes die bovendien veelal een *technisch* karakter hebben. Dat wil zeggen: het vergt de nodige vakmatige kennis om te kunnen beoordelen welke instrumenten geschikt zijn om zowel de inhoudelijke of beleidsmatige doelstellingen te kunnen realiseren als tegelijk rekening te houden met de politiek-ideologische motieven van de aan het bewind zijnde minister of staatssecretaris.

Een helder voorbeeld van het verband tussen het benodigde vakmanschap en de *politiek-ideologische* dimensie biedt het kansspelbeleid. Jarenlang voerde Nederland op dit terrein een restrictief beleid, dat in het bijzonder gericht was op het voorkomen van gokverslaving, het beschermen van de consument en het tegengaan van criminaliteit en illegaliteit. De verantwoordelijke bewindspersoon in het kabinet-Rutte wil deze markt voor de meeste soorten kansspelen evenwel liberaliseren.³ Dit betekent dat het gesloten vergunningenstelsel, dat op grond van de Wet op de kansspelen voor veel kansspelen slechts één vergunning kent, moet worden opgebroken.⁴ Hoe dat moet gebeuren en met behulp van welke instrumenten is ook een

3 Kansspelbrief maart 2011 van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (*Kamerstukken II* 2010/11, 24 557, nr. 124).

4 Terzijde: ook de rechtspraak van het HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *JB* 2010, 171, m.nt. C.J. Wolswinkel, *AB* 2011, 17, m.nt. A. Buijze (*Betfair*) dwingt in deze richting: een gesloten vergunningenstelsel dat niet op transparante wijze aan derden de ruimte geeft om mee te dingen naar de kansspelvergunning, is niet geoorloofd (zie ook ABRvS 23 maart 2011, *AB* 2011, 230, m.nt. C.J. Wolswinkel). Zie daarover § 5.5.2.

wetgevingstechnische kwestie: valt er wellicht te leren van de ervaringen op grond van de Telecommunicatiewet met het verlenen van frequentievergunningen voor commerciële radio of mobiele telefonie of dienen andere instrumenten te worden ingezet?⁵

5.1.2 Remedie I: verschuiving van de verantwoordelijkheidsverdeling

De remedie tegen overmatige regeldruk die in het algemeen wetgevingsbeleid steeds sterk in de belangstelling heeft gestaan, is het principieel beschouwen van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en samenleving. Het kernpunt is dat door middel van wetgeving de verantwoordelijkheidsverdeling kan worden gewijzigd en dat het noodzakelijk is dit te doen indien daardoor de regeldruk kan worden verminderd. Daarbij komt dat het voor de legitimatie van de wettelijke regels van groot belang wordt geacht dat de regels zoveel mogelijk door de betrokkenen uit het veld zelf zijn vastgesteld. De vooronderstelling is hierbij dat de betrokkenen het nut en de noodzaak van de eigen regels beter inzien en om die reden ook beter de eigen regels zullen naleven dan de regels die door de overheid – met andere woorden: van buitenaf – zijn opgelegd.⁶ Daarom is het uitgangspunt hier dat overheidsregels eigenlijk slechts in de laatste plaats aan de orde behoren te zijn. Zelfregulering geldt in deze benadering als het ideale vertrekpunt. Als zelfregulering niet zonder meer van de grond komt – en dat is dikwijls het geval – dient de wetgever op te treden met regels die zelfregulering stimuleren en de betrokkenen zoveel mogelijk ruimte laten.

Het principiële uitgangspunt dat de vermindering van regeldruk primair raakt aan de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en samenleving wordt in de verschillende ('grote') wetgevingsbeleidsnota's – in het bijzonder in 'Zicht op wetgeving', 'Bruikbare rechtsorde' en 'Vertrouwen in wetgeving' – verwoord.

Zo wordt in de klassieke nota 'Zicht op Wetgeving' (1991) benadrukt dat wetgeving weliswaar de resultante van een belangenafweging is, maar dit impliceert volgens de nota zeker niet dat de wetgever deze belangenafweging steeds zelf zal verrichten. Integendeel: 'Een gunstige tendens in de wetgeving is dat er geleidelijk aan waar mogelijk welbewust meer ruimte wordt gelaten voor een nadere belangenafweging door bestuursorganen, maatschappelijke organisaties en burgers'.⁷ In het verlengde hiervan wordt erop gewezen dat overheidssturing principieel en praktisch op grenzen stuit. Er wordt uitdrukkelijk gepleit voor het zoeken naar alternatieven voor de klassieke gedetailleerde wijze van overheidsregulering en de nota draagt de wetgever expliciet op meer ruimte voor zelfregulering aan de samenleving te laten.⁸

Ook de latere nota 'Bruikbare rechtsorde' (2004) staat in deze sleutel. Benadrukt wordt dat recht en samenleving steeds weer een nieuwe afweging van belangen vragen.⁹ Daarbij wordt uitdrukkelijk een principiële aanpak voorgestaan: 'De wetgever moet niet vertrekken vanuit het belang van de overheid, maar vanuit het idee, dat de belanghebbende burgers hun belangen tot hun recht moeten laten komen en dat kwetsbare belangen daarbij bescherming behoeven'.¹⁰ Om

5 Reeds eerder werd door de Minister van Justitie dit verband gelegd (*Kamerstukken II* 2008/09, 24 557, nr. 93, p. 7).

6 Kort gezegd, wordt in deze benadering op het eerste gezicht maar weinig recht gedaan aan de gedachte dat vreemde ogen dwingen. Zie evenwel de slotparagraaf, § 5.8.

7 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 14.

8 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 15.

9 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 4.

10 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 12.

dit te realiseren dienen bestaande instituties te worden benut en nieuwe concepten te worden ontwikkeld. Wat het eerste betreft wordt gedacht aan het benutten van afspraken tussen werkgevers en werknemers bij cao, aan convenanten en aan certificering. Wat het tweede betreft worden met name het gebruik van zorgplichten en het vervangen van toezicht door toezicht op het zelfregulerende systeem bepleit.¹¹ In de volgende paragrafen zullen dit soort instrumenten uitdrukkelijk aan de orde komen.

Heel helder staat dit principe ook verwoord in de nota 'Vertrouwen in wetgeving' (2008). Het eerste speerpunt van deze nota is terughoudendheid te betrachten met wetgeving en meer in het algemeen zuinig te zijn met regels door al vroeg in het beleidsproces uitdrukkelijk aandacht te besteden aan nut en noodzaak van wetgeving en mogelijke alternatieven. Tweede speerpunt is ruimte te bieden aan burgers, professionals, bedrijven en medeoverheden.¹²

De wetgevingsinstrumenten waarvoor vanuit deze benadering een wezenlijke preferentie bestaat zijn primair de instrumenten die veel handelings-, afwegings-, of keuzeruimte laten aan de normadressaat. Het is in deze benadering van groot belang dat de uiteindelijke afwegingen zoveel mogelijk door burger, bedrijf of instelling zelf worden gemaakt. Voorop staat hier dat voor zover mogelijk bij voorkeur slechts het stellen van randvoorwaarden aan de wetgever is.

Een eenvoudig voorbeeld kan illustreren op welke wijze de verantwoordelijkheidsverdeling bepalend kan zijn voor de keuze van het meest geschikte wetgevingsinstrument. *Algemene wettelijke regels* hebben een ander karakter dan *vergunningenstelsels*. Hoewel nog wel eens anders wordt gedacht, laat een algemene regel met een rechtstreeks werkend ge- of verbod feitelijk vaak meer ruimte voor het maken van een eigen afweging door de burger dan een vergunning. Sterker nog, de burger moet die afweging zelf maken: hij is daartoe verplicht. Bij een vergunningenstelsel behoeft de burger (slechts) de vergunning aan te vragen en maakt het vergunningverlenende bestuursorgaan de afweging of de vergunning al dan niet zal worden verleend, terwijl bij een algemene regel de burger zelf moet vaststellen of hij zich met zijn (voorgenomen) handelen aan de wet houdt of niet. Er is in het tweede geval niet een bestuursorgaan waaraan die beoordeling ter goedkeuring kan worden voorgelegd. Door een algemene wettelijke regel met een rechtstreeks werkend ge- of verbod wordt de verantwoordelijkheid direct bij de burger neergelegd, terwijl bij een vergunningenstelsel de verantwoordelijkheid veel meer bij het bestuursorgaan wordt gelegd. Met andere woorden: de eigen verantwoordelijkheid van de burger kan door een algemene regel meer worden gestimuleerd dan door een vergunningenstelsel. Vanuit de invalshoek die let op de verantwoordelijkheidsverdeling en de verantwoordelijkheid zo dicht mogelijk bij de burger wil leggen, bestaat er daarom een voorkeur voor de keuze voor algemene regels boven vergunningenstelsels.

Op deze vrij eenvoudige vergelijking valt overigens wel wat af te dingen. Ook bij algemene regels is het mogelijk dat de burger voordat hij handelt bij een bestuursorgaan informeert of hij zich met zijn voorgenomen optreden aan de wettelijke regels houdt. Feit is evenwel dat dit in de praktijk

11 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 12.

12 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 731, nr. 1, p. 3.

betrekkelijk weinig gebeurt (het is omslachtig en kost tijd) en bovendien dat bestuursorganen in de praktijk maar moeilijk raad weten met dit soort verzoeken (hetgeen tot de nodige bestuursrechtspraak over bestuurlijke oordelen heeft geleid). Zie over ruimtelatende instrumenten nader § 5.4.

5.1.3 Zelfregulering als uitgangspunt

Vanuit de hiervoor besproken benadering, waarin de verdeling van de verantwoordelijkheden tussen overheid en samenleving het zwaartepunt vormt, is, vanwege het grote belang dat eraan wordt toegekend, het nodig enige extra aandacht te besteden aan de functie van het fenomeen zelfregulering. In deze benadering komt de overheid er – idealiter – in het geheel niet aan te pas en kan in de betrokken sector met zelfregulering worden volstaan. Het is echter in het wetgevingsbeleid en de bijbehorende literatuur evenzeer gebruikelijk zelfregulering als alternatief voor overheidsregulering voor het voetlicht te brengen.¹³ Dat is niet onjuist; in dit hoofdstuk is het onderwerp 'zelfregulering' eveneens op die manier gerubriceerd (zie § 5.6). Maar daaraan kleefte het gevaar dat uit het oog wordt verloren dat de verhouding tussen zelfregulering en overheidsregulering, beschouwd vanuit de verantwoordelijkheidsbenadering, eigenlijk andersom ligt. Maatschappelijke verhoudingen worden primair door burgers (bedrijven en instellingen daaronder begrepen) zelf gereguleerd. Tussen (rechts)personen en binnen organisaties gelden in beginsel de eigen regels, die eenzijdig zijn vastgesteld of waarmee door de betrokkenen is ingestemd. Aan overheidsregulering wordt eerst toegekomen als de zelfregulering tekortschiet. Het is de wetgever die uiteindelijk bepaalt wanneer dat het geval is. Goed beschouwd, staat de zelfregulering voorop en is de overheidsregulering het echte alternatief. In de rechtsontwikkeling gaat zelfregulering aan wetgeving vooraf.¹⁴

Deze opvatting is terug te voeren op een bepaalde maatschappijvisie, maar het gaat te ver om hierover uit te wijden. Vooral in confessionele kring, waar de principes van de 'soevereiniteit in eigen kring' en de 'subsidiariteit' als leidraad dienen, wordt traditioneel benadrukt dat de zelfregulering eigenlijk het uitgangspunt dient te zijn. In de beleidsnota's van de kabinetten wordt zulks maar zelden expliciet verwoord, maar wie goed oplet, vindt zeker wel sporen. Zo heet het in 'Zicht op Wetgeving': 'Het is niet alleen de overheid die recht produceert; in *kleinere rechtskringen* in de samenleving (...) zijn tal van effectieve vormen van juridische normering werkzaam. Met die regels hebben de betrokkenen veelal een sterke affiniteit, wat de normatieve kracht van de regels bepaald ten goede komt.'¹⁵ Het subsidiariteitsbeginsel wordt in deze nota bovendien uitdrukkelijk als een van de wetgevingskwaliteitseisen gepresenteerd.

Dat zelfregulering in het wetgevingsbeleid het uitgangspunt dient te zijn, is ook tot uitdrukking gebracht in de Aanwijzingen voor de regelgeving. Voordat tot het treffen van een wettelijke regeling wordt besloten, wordt onderzocht of de gekozen

13 Ph. Eijlander, *De wet stellen* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 175.

14 Vgl. J.P.H. Donner, 'De relativiteit van zelfregulering', in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis & J.A.F. Peeters (red.), *Overheid en zelfregulering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 155.

15 *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 14* (curs. FvO).

doelstellingen kunnen worden bereikt door middel van het zelfregulerend vermogen in de betrokken sector of sectoren dan wel of daarvoor overheidsinterventie noodzakelijk is. Slechts voor zover het zelfregulerend vermogen van de maatschappij tekortschiet, moet worden gedacht aan overheidsmaatregelen (aldus de toelichting bij dit onderdeel van Ar 7 aanhef en onderdeel c.).

Tegenover dit uitgangspunt van de Aanwijzingen staat wel een andere realiteit die dit ideaal nogal relatieveert. Dat is de *politieke* realiteit: bewindspersonen willen graag scoren met wetgeving. Deze tegenkracht kan uiteraard in dit hele hoofdstuk (over de hele linie van de regeldrukvermindering) naar voren worden gebracht, maar als hij ergens een rol speelt, is het wel hier.

Wanneer het zelfregulerend vermogen onvoldoende is om een doelstelling te bereiken mag ingevolge de Ar nog niet vrijelijk naar overheidsregulering worden gegrepen om de beoogde doelstelling te realiseren. Als tussenstap moet eerst worden gezien of het zelfregulerend vermogen niet door overheidsingrijpen kan worden versterkt. Ar 8 luidt als volgt:

'Bij het bepalen van de keuze voor een mogelijkheid tot overheidsinterventie om een doelstelling te bereiken wordt zoveel mogelijk aangesloten bij het zelfregulerend vermogen van de betrokken sector of sectoren.'

Direct overheidsingrijpen is slechts op zijn plaats, indien van het zelfregulerend vermogen van de maatschappij – ook versterkt met ondersteunende overheidsmaatregelen – niet voldoende resultaten te verwachten zijn, aldus de toelichting bij Ar 8.

Voor de wetgever – en in het bijzonder voor de wetgevingsambtenaar – is dan ook van buitengewoon groot belang tijdig in kaart te brengen hoe de zelfregulering kan worden gestimuleerd.

Naar mijn ervaring wordt dit uitgangspunt door met name publiekrechtjuristen – en dus ook door de meeste wetgevingsjuristen – wel eens wat gemakkelijk uit het oog verloren. Vanuit overheids-perspectief is het nu eenmaal verleidelijk om de overheidsregulering als vertrekpunt te nemen. Dit hangt samen met de – in het vorige hoofdstuk besproken – neiging om van een instrumentele rechtsofpvatting uit te gaan, waardoor sociale normenstelsels gemakkelijk over het hoofd worden gezien.

Opvallend is dat de recent geïntroduceerde Ideeën voor de gemeentelijke regelgever (Igr) het uitgangspunt van zelfregulering niet, althans niet expliciet, onderschrijven. Igr 4 geeft alleen aan dat pas sprake kan zijn van een nieuwe regeling indien dit door een wet verplicht is gesteld of als de noodzaak hiervoor vaststaat. Zelfregulering is daarmee niet uitgesloten als middel om wettelijk ingrijpen te voorkomen, maar wordt niet als vertrekpunt gehanteerd.

5.1.4 *Remedie II: marktwerking en vraagsturing*

De andere remedie tegen overtoollige regeldruk is op economische leest geschoeid. Hierbij gaat het erom dat burgers, bedrijven en instellingen daar eveneens onder begrepen, zo onbelemmerd en gemakkelijk mogelijk hun eigen keuzen kunnen maken.

Zoals gezegd, gaat het in deze invalshoek primair om het versterken van marktwerking en vraagsturing. Daarbij gaat het niet alleen om het faciliteren en vergemakkelijken van de mogelijkheden voor ondernemerschap en innovatie, maar gaat het ook om het invoeren van marktwerking en vraagsturing op terreinen waar deze verschijnselen zich niet van nature voordoen, zoals het openbaar vervoer, de energievoorziening, de kabel en de gezondheidszorg.

Uit empirisch onderzoek naar het gebruik van keuzevrijheid op verschillende beleidsterreinen blijkt dat Nederland koploper is. Vergeleken met andere Europese landen heeft de Nederlander op de meeste terreinen de meeste keuzevrijheid.¹⁶

In deze benadering wordt de verhouding tussen *markt en overheid* sterk herzien. De overheid werkt veel minder aanbodgestuurd en krijgt op veel terreinen een andere, meer afstandelijke functie, die nogal eens wordt aangeduid als die van marktmeester of 'regulator'.¹⁷ De overheid krijgt dus in veel gevallen een andere rol en ook de burger komt in een andere – idealiter: minder afhankelijke – positie terecht.

In Nederland is de economische benadering van de vermindering van regeldruk bij uitstek gehanteerd door de Paarse kabinetten, Kok I en II. Daaraan werd gestalte gegeven in het zogeheten programma '*Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit*' (MDW).

In het MDW-programma werd het wetgevingsbeleid benaderd vanuit de 'dynamiek van de economie'. Het programma had een driedelige doelstelling. Ten eerste was het oogmerk de regelgeving en de administratieve lastendruk voor bedrijven tot het minimaal noodzakelijke terug te brengen. Ten tweede werd beoogd de marktwerking te versterken. En ten derde werd ernaar gestreefd de kwaliteit van wet- en regelgeving te verbeteren. Die drie doelstellingen hangen met elkaar samen. Het beperken van regelgeving moest ook leiden tot een betere wetgevingskwaliteit.¹⁸ In het oog springende projecten waren Winkel(sluitings)tijden, Taxivervoer, Makelaars, Persoonsgebonden budgetten (pgb's), Benzinstations, etc.¹⁹ Uit deze onderwerpkeuze van de projecten die in het kader van dit programma zijn gerealiseerd, blijkt eveneens de economische invalshoek met een sterke gerichtheid op de versterking van de marktwerking.

Ook na afloop zijn de centrale gedachten van dit programma op diverse beleidsterreinen blijven doorwerken. Onder de kabinetten Balkenende werd er op uiteenlopende beleidsterreinen naar gestreefd de marktwerking te versterken, in het bijzonder op het terrein van de gezondheidszorg, de kinderopvang en de nutssectoren.²⁰

16 Zie: M. Hurenkamp & M. Kremer, 'De spanning tussen keuzevrijheid en tevredenheid', in: M. Hurenkamp & M. Kremer (red.), *Vrijheid verplicht. Over tevredenheid en de grenzen van keuzevrijheid* (Jaarboek TSS, Tijdschrift voor sociale vraagstukken), Amsterdam 2005, p. 7. Op een enkel deelgebied biedt het buitenland meer keuzevrijheid. Zo biedt in Scandinavië de sociale zekerheid hiervoor meer mogelijkheden en in België de gezondheidszorg.

17 De term 'regulator' geldt als nagenoeg onvertaalbaar; zie B.M.J. van der Meulen, *Toezicht op markten* (preadvies VAR 2003), p. 26.

18 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 036, nr. 1, p. 2-3.

19 De achtste en laatste Voortgangsrapportage bevat een compleet overzicht van de projecten (*Kamerstukken II* 2002/03, 24 036, nr. 284).

20 Ook als motor achter de (op zichzelf meer neutrale) techniek van het verminderen van de administratieve lasten.

Onder deze kabinetten was er echter geen alomvattende algemene wetgevingsbeleidsnota die aan deze economische benadering fundamentele aandacht schonk, ofschoon de nota 'Bruikbare rechts-orde' er wel lippendienst aan bewees. De economische benadering was (blijkbaar) vooral een zaak van de afzonderlijke bewindspersonen en kwam tot uitdrukking in afzonderlijke nota's over het vereenvoudigen van vergunningen en het reduceren van administratieve lasten.²¹

Al met al moet de golf van wetgeving die ons land overspoeld heeft met wetgeving die vraagsturing en marktwerking stimuleert, als een van de belangrijkste trends in onze wetgeving van de afgelopen twintig jaar worden beschouwd.

Dit roept wel vragen op over het mensbeeld dat hierbij past. In hoeverre is de burger homo economicus? Uit veel gedragseconomisch onderzoek blijkt dat de burger maar beperkt tot het maken van keuzes in staat is: hij vertoont systematisch irrationeel gedrag. Dit gegeven zet ook de democratie-idee in een andere sleutel. Een belangrijk kenmerk van dit type wetgeving is bovendien dat het meer aandacht voor de informatievoorziening aan betrokkenen vergt.²²

De economische benadering is voorts in de Angelsaksische wereld, in het bijzonder in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten, dominant. Het accent ligt daar op het bewaken van de kosten van regulering, onder meer door het maken van prognostische kosten-batenanalyses van in voorbereiding zijnde wetgeving.²³ Ook in de Europese Unie en voorts in organisaties als de OESO en de Wereldbank staat de economische invalshoek voorop. De invloed van deze laatste organisaties op het nationale (wetgevings)beleid moet niet worden onderschat. De gedachte dat vergunningen belemmerend zijn voor de *uitoefening van adequaat ondernemerschap* zien we juist hier op verschillende plaatsen terug.

Er worden door internationale organisaties als de OESO en de Wereldbank voortdurend metingen gedaan over hoe moeilijk het is om in een bepaald land een onderneming te starten. Zie bijvoorbeeld het rapport van de Wereldbank *Doing Business 2007*: van de 175 onderzochte landen eindigde Nederland op de ranking *ease of doing business* op de 22^e plaats, op *starting a business* op de 38^e plaats en voor *dealing with licenses* op de 80^e plaats. Hieruit valt in de eerste plaats af te leiden dat Nederland het voor een land met een kapitalistische economie in deze rangorde niet heel geweldig doet en – voor ons minstens zo belangrijk – in de tweede plaats dat de (zeer) lage plaats voor het omgaan met vergunningen – maar ten dele bepalend is voor de totaaluitkomst. Niettemin gaat van dit soort vergelijkende onderzoeken aanzienlijke druk uit op de Nederlandse regering om mogelijke (juridische en bestuurlijke) belemmeringen – en in het bijzonder het aantal vergunningen – te reduceren.

Het eerder onder de noemer van de verantwoordelijkheidsverdeling gegeven voorbeeld van de keuze tussen de *rechtstreeks werkende algemene regels of een vergunningenstelsel* spreekt ook hier boekdelen. Ook vanuit dit economische perspectief worden algemene regels aantrekkelijker geacht dan een vergunningenstelsel. De reden daarvoor is dat bij algemene regels de normadressaat sneller – en dus veelal goedkoper – kan handelen dan wanneer hij een vergunning moet aanvragen en een

21 Deze nota's komen in dit hoofdstuk ter bestemder plaatse aan de orde.

22 F.J. van Ommeren, 'Gebonden keuzevrijheid en actieve openbaarheid', in: C.W. Noorlander e.a. (red.), *Het volk regeert*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 213 e.v.

23 Vgl. o.m. R.A.J. van Gestel & M.L.M. Hertogh, *Wat is regeldruk? Een verkennende internationale literatuurstudie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 59 e.v. en 65 e.v.

gehele vergunningprocedure moet doorlopen. Daar staat echter wel tegenover dat hij ook zelf zijn afweging moet maken en de wettelijke regels juist moet interpreteren.²⁴ Iedere benodigde vergunning wordt in deze benadering ervaren als een onwenselijke belemmering en fungeert als een hobbel voor voortvarend ondernemerschap. Derhalve zal de wetgever steeds de afweging moeten maken of een vergunningenstelsel werkelijk nodig is en of niet met andere, minder belastende instrumenten kan worden volstaan. Het is tegen deze achtergrond staand wetgevingsbeleid ernaar te streven het aantal vergunningenstelsels zo gering mogelijk te laten zijn. Het beleid om het aantal vergunningen te reduceren wordt in verschillende etappes gerealiseerd.

Een ingrijpend project was het project 'Vereenvoudiging Vergunningen', dat in het najaar van 2005 van start is gegaan. Naar aanleiding van het advies van de Taskforce Vereenvoudiging Vergunningen (Commissie Kraaijeveld)²⁵ zijn in het kader van dit project alle bestaande vergunningenstelsels aan een herbeoordeling onderworpen. De uitkomst van deze doorlichting was dat bij de centrale overheid 42% van alle vergunningen en 22% van alle vergunningenstelsels kunnen worden afgeschaft; de doorlichting van de modelverordeningen van de VNG leverde op dat tweederde van deze stelsels mogelijkheden bieden voor bundeling, afschaffing, vereenvoudiging of verbetering.²⁶ Bij het vervolgens wijzigen van wetgeving is een onderscheid gemaakt tussen de meer 'eenvoudige, niet controverse voorstellen' en de overige voorstellen. De eerstgenoemde zijn aangepakt in de Verzamelwet vereenvoudiging vergunningen (Stb. 2008, 63). De overige zijn in verschillende veelal per ministerie georganiseerde projecten ter hand genomen en ook wel ondergebracht in de programma's om de administratieve lasten te verminderen.²⁷

Een iets later gestart invloedrijk project was de doorlichting van de vergunningenstelsels vanwege de implementatie van de *Dienstenrichtlijn*. Op grond hiervan zijn de bestaande centrale en decentrale vergunningen(stelsels) opnieuw doorgelicht en aangepast. Beoordeeld moest worden of een vergunningenstelsel wel noodzakelijk en proportioneel was in het licht van de eisen van de *Dienstenrichtlijn*. Het toenmalige kabinet beschouwde deze doorlichting dan ook als een extra stimulans voor het opnieuw bezien van het nut en de noodzaak van vergunningenstelsels.²⁸ De resultaten van deze 'screening' zijn terecht gekomen in de Aanpassingswet dienstenrichtlijn (Stb. 2009, 616) en in de Regeling indicatieve vaststelling reikwijdte Dienstenwet (Stcrt. 2010, 2290; nadien meermaals gewijzigd). Op grond van deze richtlijn blijven de centrale en decentrale overheden overigens verplicht om in de toekomst nieuw voorgenomen vergunningen en vergunningenstelsels te toetsen aan de vereisten van de *Dienstenrichtlijn*. De richtlijn schrijft een meldingsplicht voor – de zogeheten permanente notificatieplicht – bij de Europese Commissie. Het doel ervan is te voorkomen dat er nieuwe belemmeringen voor het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging worden ingevoerd.

Verschil tussen de doorlichting in het kader van het project Vermindering vergunningen en de doorlichting op grond van de *Dienstenrichtlijn* is de beperktere reikwijdte van de laatste: het gaat alleen om het verlenen van diensten en niet om allerlei andere mogelijke soorten activiteiten. Aan de andere kant gaat de doorlichting en aanpassing op grond van de *Dienstenrichtlijn* verder doordat de *Dienstenrichtlijn* een ruimer vergunningsbegrip hanteert dan in het Nederlandse

24 Zie evenwel de al eerder bij dit voorbeeld gemaakte relativering.

25 *Kamerstukken II 2005/06*, 29 515, nr. 84 (rapport) en nr. 93 (kabinetsstandpunt); waarover: R.A.J. van Gestel, 'Eenvoudig vergunnen', *NTB* 2007, p. 75 e.v.

26 Brief project Vereenvoudiging Vergunningen (zogeheten Mei-brief), *Kamerstukken II 2005/06*, 29 515, nr. 140, waarover F.C.M.A. Michiels, 'Eenvoudig bestuur' (VAR-reeks 137), in: *Verslag VAR 2006*, Den Haag 2007, p. 7 e.v.

27 Zie MvT Verzamelwet vereenvoudiging vergunningen: *Kamerstukken II 2006/07*, 30 959, nr. 3, p. 2.

28 MvT Dienstenwet, *Kamerstukken II 2007/08*, 31 579, nr. 3, p. 42.

wetgevingsbeleid: niet alleen (echte) vergunningen vallen er onder, maar ook verklaringen van geen bezwaar en certificatieverplichtingen e.d. worden eronder begrepen.

Er zijn verschillende technieken voorhanden om dit soort reducties van vergunningen te realiseren, in het bijzonder dient gedacht te worden aan:

- het zonder meer schrappen van het vergunningvereiste;
- het vervangen van het vergunningvereiste door een meldingsplicht;
- het vervangen van het vergunningvereiste door rechtstreeks werkende algemene regels.

Zij worden meer dan eens gecombineerd. Deze en andere technieken om de regeldruk te verminderen zullen in de volgende paragrafen aan de orde komen.

Het is opmerkelijk dat in de Ar de economische remedie veel minder tot uitdrukking is gebracht dan de remedie van de verantwoordelijkheidsverdeling.

De figuur van de concessie heeft zelfs geen plaats in de Ar. In Ar 130C wordt evenwel uitdrukkelijk gewezen op het instrument van de verhandelbare rechten.

5.1.5 Liberalisering, privatisering en regeldrukvermindering

De economische remedie voor de vermindering van regeldruk is nauw verbonden met de golf van liberalisering en privatiseringen die de afgelopen decennia over de samenleving zijn uitgestort. Niet voor niets worden liberalisering en privatisering traditioneel in één adem genoemd met deregulering. Door liberalisering van een sector, zo is dikwijls de veronderstelling, neemt de regeldruk in die sector af. Kort gezegd, betreft liberalisering het invoeren of versterken van concurrentie(prikkels) in een sector. Door liberalisering wordt de handelingsvrijheid van de betrokken bedrijven vergroot, krijgen meer bedrijven de mogelijkheid toe te treden tot de markt en neemt de keuzevrijheid van de consument toe.²⁹

Liberalisering en regeldrukvermindering worden vaak met elkaar in verband gebracht. Dat valt goed te begrijpen als men bij regeldrukvermindering vooral denkt aan de toename van de handelings- en beslissingsruimte van betrokkenen en – althans tot op zekere hoogte – aan een afname van de detaillering van het voorgeschreven gedrag. Dat valt evenwel veel minder goed te begrijpen als men bij regeldrukvermindering denkt aan het schrappen van het aantal regels, met andere woorden aan deregulering in klassieke zin. Want liberalisering vergt – hoe paradoxaal dat ook moge klinken – niet minder maar méér wettelijke regels.

Liberalisering gaat vaak gepaard met privatisering. Onder privatisering is in dit verband te verstaan het afstoten, verzelfstandigen of uitbesteden van overheids-taken.³⁰

Voorbeelden van privatisering – en tevens van liberalisering – zijn vooral te vinden op het terrein van de nutssectoren, waar de overheid vroeger monopolist was, maar nu een concurrerende markt is, zoals telefonie, post, gas en elektriciteit, het inzamelen van huishoudelijk afval etc. Van de

29 Vgl. K. Wilkeshuis, *Publieke belangen en nutssectoren, Op weg naar een juridisch afwegingskader* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010, p. 125 e.v., die ook ingaat op het verband met deregulering.

30 Zie Wilkeshuis 2010, p. 123-124. In een engere betekenis heeft privatisering slechts betrekking op de overdracht van overheidsaandelen aan private partijen.

privatisering op het terrein van de zorgverzekeringen vormt de Zorgverzekeringswet zonder twijfel een in het oog springend voorbeeld. Hierdoor zijn de ziekenfondsen afgeschaft en moesten de 10,2 miljoen mensen die bij een Ziekenfonds verzekerd waren zich per 1 januari 2006 privaat gaan verzekeren. Een ieder is nu voor zorg verplicht particulier verzekerd (basisverzekering) en heeft de mogelijkheid om aanvullende verzekeringen bij te kopen. Op het terrein van de aanvullende verzekeringen dienen de verzekeraars met elkaar te concurreren, zo is de gedachte.

Aan *regeldrukvermindering* in de zin van het reduceren van het aantal regels valt nóg veel minder te denken als ook verband wordt gelegd met privatisering. Markten in transitie vragen vrijwel steeds om eigen, specifieke wettelijke regels. Omdat de marktwerking niet 'van nature' ontstaat, zijn er speciale regels nodig die een handje helpen om het proces op gang te brengen en te houden. Liberalisering en privatisering worden, omdat de realisatie daarvan een zeer ingrijpend proces is, veelal gefaseerd doorgevoerd. Ieder fase vergt nieuwe wettelijke regels. De implementatiewetten waarmee de Europese regels worden doorgevoerd, vormen een substantieel deel van die regels. Zij hebben zowel betrekking op de verhouding tussen de overheid en de geprivatiseerde instelling als op de verhouding tussen de geprivatiseerde instelling en de consument. Niet altijd, maar meer dan eens wordt een speciale autoriteit in het leven geroepen die de liberalisering moet begeleiden.

Wanneer een markt in transitie zich heeft ontwikkeld tot een volwaardige markt met volkomen mededinging kunnen – althans in theorie – veel van die speciale regels weer vervallen. Maar de praktijk is weerbarstig: zij laat daarvan vrijwel geen voorbeelden zien.

Al met al is dus van belang om in te zien dat er inderdaad een nauw verband is tussen liberalisering en privatisering enerzijds en regeldrukvermindering anderzijds. Dat verband moet wel goed worden begrepen. Het gaat hier niet primair om het verminderen van het aantal regels (hoewel zulks als dat lukt mooi meegenomen is), maar om het verminderen van de regeldruk, in de zin van het streven de investeringen en inspanningen van de burgers, bedrijven en instellingen om zich aan de wet te houden, zo gering mogelijk te laten zijn.

Ten slotte dient bedacht te worden dat remedies als het invoeren of versterken van marktwerking of vraagsturing nogal eens worden gecombineerd met andere politiek-bestuurlijke beweegredenen, die niet per se samenvallen met liberalisering en privatisering. In tijden van bezuinigingen bijvoorbeeld gebeurt het meer dan eens dat het *terugdringen van de overheidsuitgaven* wordt gecombineerd met liberalisering, op een manier die bij voorkeur ook nog tot vermindering van regeldruk moet (blijven) leiden.

Een helder voorbeeld biedt het subsidiebeleid. Van verschillende soorten schaarse subsidies wordt de omvang van de toegekende bedragen verminderd onder gelijktijdige handhaving of versterking van de marktwerking. Dit is goed te zien bij de persoonsgebonden budgetten (pgb's). Deze en andere schaarse subsidies komen aan de orde in § 5.5.

5.1.6 Remedies en instrumenten

Zoals in het vorige hoofdstuk uiteengezet, betreft het (algemeen) wetgevingsbeleid het beleid dat wetgeving tot object heeft. Dit beleid is erop gericht de vele keuzes die

ten aanzien van wetgeving kunnen worden gemaakt, in een zoveel mogelijk coherent en consistent beleidskader te gieten. Oogmerk van dit hoofdstuk is inzicht te verschaffen in de *gronden* waarop de keuzes voor het instrumentarium worden gemaakt. Daarbij is van belang dat die gronden ten dele politiek-bestuurlijk van aard zijn en ten dele technisch van aard. Tussen die twee uitersten dient de wetgevingsambtenaar vrij gemakkelijk te kunnen laveren.

In de volgende paragrafen passeert een aantal belangrijke instrumenten van het wetgevingsbeleid de revue. Het gaat er daarbij in het bijzonder om te laten zien in hoeverre de keuze voor deze instrumenten mede is ingegeven dan wel past bij de remedie van de verschuivende verantwoordelijkheidsverdeling of de economische motieven om regeldruk te verminderen. Ook komen enige instrumenten aan de orde die een meer neutraal en in de praktijk vaak uitvoeringsgericht karakter hebben. Inzicht in dit soort gronden verklaart veel van het wetgevingsbeleid dat de afgelopen decennia is gevoerd. Daarbij zal blijken hoezeer de keuze voor het juiste instrument tevens een wetgevingstechnische dimensie heeft, die overwegend juridisch van aard is. Een volledig overzicht van het instrumentarium is hier overigens niet beoogd, dat zou het doel van dit hoofdstuk voorbij gaan.³¹

Wel beoogt dit hoofdstuk de belangrijkste *soorten* instrumenten of technieken te rubriceren door per paragraaf een type te bespreken. Begonnen wordt met deregulering in klassieke zin: het schrappen van wettelijke regels; in het verlengde daarvan komen enige maatregelen ter sprake die de werking van wetgeving beperken (§ 5.2). Vervolgens komt het systematiseren en uniformeren van wetgeving als regeldrukverminderende techniek aan de orde (§ 5.3). Daarna is plaats voor de ruimtelatende instrumenten (§ 5.4), de economische instrumenten (§ 5.5), de wetgevingsalternatieven (§ 5.6) en de uitvoeringsgerichte instrumenten met inbegrip van het gebruik van informatie- en communicatietechnologie (§ 5.7). Aan het slot van dit hoofdstuk wordt teruggekeerd naar de twee genoemde ideologische remedies en wordt ingegaan op de kritiek die op deze benaderingen voor de vermindering van regeldruk pleeg te worden geuit. Daarbij zullen ook de standaardreacties op deze kritiek niet onbesproken blijven (§ 5.8).

5.2 Deregulering

5.2.1 Inleiding: bestaande wetgeving en wetsvoorstellen

Deregulering in klassieke zin is primair gericht op het schrappen van regels. Voorts gaat het bij deregulering in klassieke zin om het niet-invoeren van denkbare nieuwe regels. Deregulering betreft derhalve zowel het doorlichten van het reeds bestaande wetgevingsbestand met het oog op de vermindering van het aantal regels (de letterlijke 'deregulering') als het met het oog daarop analyseren van wetsvoorstellen

31 Men zie voor de meeste instrumenten de website van het Kenniscentrum Wetgeving www.kc-wetgeving.nl met het IAK; waarover het vorige hoofdstuk, § 1.4. Zie voor enige van deze instrumenten ook Ph. Eijlander & W. Voermans, *Wetgevingsleer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 64 e.v. en R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, 6^e druk, Deventer: Kluwer 2010, p. 716 e.v.

en andere voornemens voor nieuwe wetgeving. Dereguleringsbeleid kan dus zowel betrekking hebben op geldende wetgeving als op toekomstige wetgeving. Deregulering in klassieke zin komt nu eerst aan de orde (§ 5.2.2).

Behalve het schrappen of niet invoeren van wettelijke regels kunnen wetten ook in hun werking worden beperkt, in tijd of naar plaats. Daarvoor zijn verschillende technieken voorhanden. Een van de bekendste is het gebruik van horizonbepalingen (waarover § 5.2.3), maar dat is niet de enige techniek. Wanneer geaarzeld wordt of en wat voor soort wetgeving voor een nieuw terrein moet worden ingevoerd, kan bijvoorbeeld gebruik worden gemaakt van experimenteerbepalingen, evaluatiebepalingen en andere tijdelijke bepalingen (§ 5.2.4).

5.2.2 Deregulering in klassieke zin

De techniek die waarschijnlijk het meest wordt genoemd om regeldruk te verminderen, maar, zoals gezegd, in de praktijk betrekkelijk weinig voorkomt, is het *intrekken* van wettelijke voorschriften. Gesproken wordt wel van deregulering in klassieke zin. Deregulering in klassieke zin gebeurt niet alleen door letterlijk regels te schrappen, maar ook door de materiële normen te *versoepelen*. Bijvoorbeeld door de norm waarboven een vergunning of andere vorm van toestemming nodig is te verhogen dan wel waaronder een bepaalde toestemming nodig is te verlagen.

Een willekeurig voorbeeld biedt de Waarborgwet, waarin – met het oogmerk de regeldruk te verlagen – de drempels waarboven edelmetalen voorwerpen verplicht gekeurd moeten worden, zijn verhoogd van 0,5 naar 1 gram voor goud, en van 1 naar 8 gram voor zilver.³²

Dat uit economisch perspectief deregulering wordt bepleit, behoeft hier geen betoog. In de inleiding (§ 5.1) is reeds genoemd de voortdurende (externe) druk om het aantal drempels voor het starten en voortzetten van (commerciële) ondernemingen zo laag mogelijk te houden. Regulering wordt in dit denken geacht belemmerend te zijn en daardoor op gespannen voet met innovatie te staan. In de afweging tussen het belang waarvoor de wettelijke regel in het leven wordt geroepen en de druk die de regel op de (startende) ondernemer legt, delft vanuit dit perspectief het eerst genoemde belang relatief snel het onderspit.

Het schrappen van regels zonder dat er een andere rechtsregel voor in de plaats komt, komt relatief weinig voor. Geschrapte vergunningen worden bijvoorbeeld vervangen door lichtere rechtsfiguren of algemene regels (waarover hierna). Opmerkelijk is overigens dat ook het *bundelen* of *samenvoegen* van verschillende vergunningen niet alleen als een reductie van het aantal vergunningen maar ook als een reductie van de regeldruk wordt aangemerkt.³³ Toch kan men er zeer over twijfelen of bij een bundeling wel echt sprake is van vermindering van regeldruk.

Deregulering in klassieke zin gebeurt evenzeer omdat een andere verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en samenleving wordt voorgestaan om andere

32 *Kamerstukken II* 2006/07, 29 515, nr. 156, p. 4.

33 Een willekeurig voorbeeld van deze rijksbrede en ook decentrale aanpak biedt de reductie van vergunningen op het terrein van economische zaken (vervolgbrief met voorstellen in het kader van het project vereenvoudiging vergunningen: *Kamerstukken II* 2006/07, 29 515, nr. 156).

dan economische redenen. Het terrein van het onderwijs biedt hiervan een goede illustratie. De gedachte is hier dat de wetgever zoveel mogelijk slechts de doelen en eindtermen dient vast te stellen en niet de weg waarlangs die doelen en eindtermen dienen te worden bereikt. Dat laatste is de verantwoordelijkheid van de onderwijsinstellingen.

Een goed voorbeeld vormt het Bruikbare rechtsorde-project over de minimumvoorschriften voor het voorbereidend middelbaar beroepsonderwijs (vmbo). De voor de project ingestelde werkgroep beveelt aan een groot aantal inrichtingsvoorschriften voor het vmbo te schrappen, zonder daarvoor andere regels in de plaats te stellen. Voorgesteld wordt de wet in formele zin te beperken tot bepalingen over de (kern)doelen van het vmbo en de eindtermen, alsmede tot bepalingen over zaken als examinering, lengte en continuïteit van de opleiding. De verdere inrichting van het onderwijsproces is aan de school zelf. Dit betekent dat vmbo-scholen aanzienlijk meer vrijheid krijgen om invulling te geven aan hun onderwijs: zij kiezen zelf de structuur van het derde en vierde leerjaar en de vakken daarbinnen.³⁴

Het onderwijsvoorbeeld illustreert dat deregulering een andere verantwoordelijkheidsverdeling met zich brengt. Er is immers sprake van een verschuiving van de verantwoordelijkheid van de wetgever naar de onderwijsinstelling. Deregulering in klassieke zin past dan ook zowel in de ideologische context van het nastreven van een andere verantwoordelijkheidsverdeling als in de economische benadering.

5.2.3 Horizonwetgeving

In het verlengde van echte, klassieke deregulering wordt het gebruik van horizonbepalingen genoemd als één van de technieken om de regeldruk te verminderen. De techniek van de horizonbepaling is komen overwaaien uit de wetgevingspraktijk van de VS, die erop gericht was de almaar toenemende wetgevingsproductie van de *agencies* (een soort zbo's) in te dammen. Het gebruik van horizonbepalingen geldt als een vorm van *regulatory reform*.

Een kenmerkend verschil is dat de Amerikaanse regelgeving van de *agencies* doorgaans een technisch en uitvoeringsgericht karakter heeft, terwijl in ons land de figuur van de horizonwetgeving juist ook met de politiek veel gevoeliger wetgeving in formele zin in verband wordt gebracht.

De wellicht wat opmerkelijke term 'horizonwetgeving' komt van 'sunset-legislation'. Het is een term die in de jaren '70 van de vorige eeuw werd geïntroduceerd als aanvulling op het begrip 'sunshine-legislation'.³⁵ Sunshine-legislation heeft betrekking op het transparant maken van het openbaar bestuur, in het bijzonder van de Amerikaanse *agencies*, die op oncontroleerbare wijze te werk gingen.³⁶

34 *Minimumvoorschriften voor de inrichting van het vmbo*. Rapport van de werkgroep Bruikbare rechtsorde voortgezet onderwijs, Ministerie van Justitie 2006 (bijlage bij *Kamerstukken II* 2006/07, 29 279, nr. 44).

35 De klassieker is: B. Adams, 'Sunset: a Proposal for Accountable Government', *Administrative Law Review* 1976, p. 511-542.

36 Zie voor een beknopte weergave van de Amerikaanse geschiedenis van de horizonbepalingen: Ph. Eijlander & R.A.J. van Gestel, *Horizonwetgeving: effectief middel in de strijd tegen toenemende regeldruk?*, Den Haag: Ministerie Binnenlandse Zaken 2006, p. 20 e.v.

Een horizonbepaling geeft aan een wettelijke regeling in beginsel een tijdelijk karakter, door een moment van heroverweging voor te schrijven met een mogelijkheid tot verlenging. Door een horizonbepaling wordt de werkingsduur van de wet op een zachte wijze beperkt: uitgangspunt is dat de wet na de genoemde termijn ophoudt te gelden, tenzij na ommekomst van die termijn door de wetgever wordt geoordeeld dat de wet (toch) blijft voortbestaan. Kort gezegd, bevat een horizonbepaling een vervaldatum mét een beoordelingsmoment.³⁷

Het beoordelingsmoment kan op verschillende manieren in een horizonbepaling zijn geregeld. Het kan zowel in de memorie van toelichting tot uitdrukking zijn gebracht als in de tekst van de wet. Dit laatste komt evenwel in de praktijk minder voor. In de horizonbepaling staat bijvoorbeeld: 'Deze wet vervalt per ..., tenzij bij amvb anders wordt bepaald.' Bij amvb moet derhalve over voortzetting worden besloten. De horizonbepaling dwingt aldus de regering tot een moment van heroverweging met het automatische verval van de wet als stok achter de deur om daadwerkelijk hierover een beslissing te nemen.

In de praktijk wordt de term 'horizonwetgeving' ook wel gebezigd als een synoniem voor (alle) tijdelijke wetgeving.³⁸ Dat is echter niet erg inzichtgevend, omdat de uitdrukking dan aan scherpte verliest.

Horizonbepalingen hebben de naam een bijdrage te kunnen leveren aan de *vermindering van regeldruk*, omdat zij wetgeving in beginsel na verloop van tijd doen vervallen en in ieder geval dwingen tot een heroverweging van de ingevoerde wettelijke regels. Reeds sinds de jaren '80 van de vorige eeuw klinkt om die reden in Nederland op gezette tijden de roep om in veel meer wetten een horizonbepaling op te nemen.

Relatief veel aandacht kreeg het eerste advies van de Raad van Economisch Adviseurs (REA; een thans niet meer bestaande raad die ten dienste stond van de Tweede Kamer), uit 2005, om in alle (sic! FvO) nieuwe wet- en regelgeving een 'sunset'-clausule op te nemen, die de geldigheidsduur van wetten en regels beperkt, tenzij expliciet een besluit tot het tegendeel wordt genomen.³⁹

Het beeld daarbij is – daargelaten of dat feitelijk steeds correct is – dat aan veel wetgeving door de wetgever uitvoerige aandacht wordt besteed tijdens de voorbereiding en het parlementaire proces, maar daarna niet meer. Het opnemen van de horizonclausule dwingt de wetgever echter tot een heroverweging, terwijl hij daaraan zonder die prikkel waarschijnlijk niet zou zijn begonnen. Zoals we zagen, behoeft die heroverweging overigens niet per se op hetzelfde niveau plaats te vinden: het is denkbaar dat slechts de regering beslist over het niet laten vervallen van een wet in formele zin.

37 S. Bulut & G.J. Veerman, *Over experimenteer- en horizonbepalingen*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2010, p. 35 en G.J. Veerman & S. Bulut, 'Voorbij de horizon. Over experimenteer- en horizonbepalingen', *TvCR* 2011, p. 291.

38 Zie voor een (bescheiden) empirisch onderzoekje Bulut & Veerman 2010, p. 35 en Veerman & Bulut 2011, p. 299-300.

39 *Bureaucratisering en overregulering: Kamerstukken II 2004/05*, 30 123, nr. 2, p. 1.

Wie vanuit dit beeld vertrekt, ziet over het hoofd dat wetgeven wel degelijk een cyclisch proces is (waarover het vorige hoofdstuk). Wetgeving vergt bovendien voortdurend onderhoud. In de praktijk zijn veel wetgevingsjuristen belast met het onderhoud van de aan hen toebedeelde wetten. Wat een horizonbepaling daaraan toevoegt, is dat nu ook de (formele) wetgever zelf een heroverweging moet maken, ongeacht of hij daardoor ambtelijk wordt aangespoord.

Horizonbepalingen leveren in principe een bijdrage aan een minder omvangrijk wetgevingsbestand, omdat zij na ommekomst van de vervalbepaling ertoe leiden dat er minder wetten gelden, zo is de gedachte bij de voorstanders van het gebruik van dit soort bepalingen. Maar in de praktijk blijkt dat zij deze functie niet steeds waarmaken. Het komt meer dan eens voor dat horizonwetgeving na de vervaldatum blijft gelden. Weliswaar heeft er dan wel een moment van heroverweging plaatsgevonden, maar die heeft blijkbaar niet geleid tot beëindiging van de gelding van de wet.

Uit een kleinschalig empirisch onderzoek blijkt dat de bijdrage die horizonbepalingen leveren aan de vermindering van de regeldruk gering is. Van de 26 horizonwetten werden er maar liefst 16 na de vervaldatum voortgezet: 3 werden omgezet in een definitieve voorziening en 13 werden (slechts) verlengd. Van de laatste 13 vervielen er later nog twee.⁴⁰

In de literatuur is er op gewezen dat horizonbepalingen in de praktijk een *compromisfunctie* kunnen vervullen, waardoor het nog meer de vraag is of zij werkelijk tot vermindering van het aantal geldende regels leiden.⁴¹ In het parlementaire debat kunnen de tegenstanders van een bepaald wetsvoorstel over de streep worden getrokken door er een horizonbepaling in op te nemen. De tegenstander van het wetsvoorstel heeft dan in ieder geval het idee dat hij weer snel van de wet af kan: de wet geldt immers slechts voor een beperkte periode en er zal een moment van heroverweging komen, terwijl de voorstander toch het wetsvoorstel heeft binnengehaald, ook al heeft de wet dan (vooralsnog) een tijdelijk karakter. Op die manier leidt het gebruik van horizonbepalingen niet tot minder maar tot meer wetgeving!

Aan het gebruik van horizonbepalingen kleven ook nadelen.⁴² Geelhoed heeft reeds (lang geleden) aandacht hiervoor gevraagd.⁴³ Hoewel horizonbepalingen op het eerste gezicht aantrekkelijk lijken, vreest hij dat er zoveel bezwaren aan zitten dat het gebruik waarschijnlijk ondoelmatig zal zijn. In de eerst plaats zal een evenwichtige herbezinning waarschijnlijk een wensdroom zijn, omdat degenen die handhaving van de wettelijke regeling wenselijk achten vanwege de belangen die de wettelijke regeling behartigt, zich gepassioneerder opstellen dan de zijdelings betrokkenen. Als tweede bezwaar noemt hij dat de vertegenwoordigende organen vanwege hun preoccupatie met de actualiteit meer gericht zijn op nieuwe wetgeving dan op de heroverweging of evaluatie van oude(re) voorschriften. Een derde bezwaar is zijns inziens dat horizonwetgeving wanneer zij op grote schaal wordt toegepast – we kunnen hier thans aan het genoemde voorstel van de REA denken – de reeds overbelaste wetgevingskanalen

40 Bulut & Veerman 2010, p. 46.

41 Bulut & Veerman 2010, p. 45.

42 Zie ook hoofdstuk 10, § 10.6.3.

43 L.A. Geelhoed, *De interveniërende staat. Aanzet voor een instrumentenleer*, Den Haag: Staatsuitgeverij 1983, p. 25-26.

zal kunnen verstoppen door het grote aantal beslissingen over al dan niet voortzetten, stopzetten of wijzigen van de wet. Als vierde en in zijn ogen belangrijkste bezwaar noemt Geelhoed dat de beoogde tijdelijkheid zal leiden tot een minder zorgvuldige afweging vooraf van de doelstellingen, de effecten en de kosten van de wettelijke ingreep.

Uit iets later onderzoek (maar, in het licht van de geschiedenis van het wetgevingsbeleid, nog steeds oud: uit 1984) blijkt dat horizonbepalingen *geleidelijk* aan moeten worden ingevoerd en niet meteen over de hele linie. Het opnemen van horizonbepalingen verdient volgens de onderzoekers aanbeveling wanneer de met de wetgeving te corrigeren maatschappelijke ontwikkelingen van *voorbijgaande aard* zijn en/of het aannemelijk is dat de beoogde doelen van de wet na afloop van een overzienbare termijn gerealiseerd zullen zijn.⁴⁴

Deze aanbeveling hoeft niet te verwonderen. De conclusie komt erop neer dat het zinvol is slechts een tijdelijke wettelijke maatregel te nemen als ook de aard van het probleem *tijdelijk* is. Toch is dat mijns inziens een belangrijke bevinding: zij dwingt tot het ontwikkelen van beleid om meer doordacht te kunnen bepalen welk soort wetgeving geschikt is voor de opname van horizonbepalingen. Niet alle wetgeving leent zich daarvoor. Deze waardevolle aanbeveling staat bovendien haaks op hetgeen de REA ruim twintig jaar later adviseerde: het had de REA gesierd als hij van dit veel eerdere onderzoek terdege had kennisgenomen en in zijn advies had betrokken.

5.2.4 Andere soorten tijdelijke wetgeving

Horizonwetgeving is, zoals gezegd, een speciaal soort tijdelijke wetgeving. Andere soorten van wetgeving die (meer of minder uitdrukkelijk) een tijdelijk karakter aan wetgeving toekennen zijn met name *experimenteerbepalingen* en *evaluatiebepalingen* en uiteraard de (gewone) *tijdelijke wetgeving*.⁴⁵

Ook het kabinet-Rutte wil ter voorkoming van nieuwe regeldruk uitdrukkelijk vaker kiezen voor tijdelijke wetgeving, waarbij in het bijzonder horizonbepalingen, experimenteerbepalingen en evaluatiebepalingen worden genoemd.⁴⁶

Om met de laatste te beginnen, het is goed mogelijk om in een wet de werkingsduur te bepalen. Wanneer dat gebeurt door een ongeclausuleerde *vervalbepaling*, is dat een fatale termijn waarvoor de wet na het verstrijken van dat tijdstip niet meer geldt.

De Ar 181 e.v. bevatten enige aanwijzingen voor tijdelijke regelingen.⁴⁷ Ar 182 schrijft voor dat het tijdelijke karakter uit het opschrift en de citeertitel blijkt. Voorbeelden zijn de *Tijdelijke wet*

44 A.F.A. Korsten (red.), *Horizonwetgeving en wetsevaluatie. Ervaringen in de Verenigde Staten en Nederland*, Nijmegen: Katholieke Universiteit Nijmegen 1984, p. 158-159.

45 Nog een andere methode die in dit verband wel wordt genoemd, is de zogeheten valbijlwetgeving – d.w.z. wetsvoorstellen die niet zijn voltooid vervallen bij een kabinetswisseling – waarover: J.A. van Schagen, L.F.M. Besselink & H.R.B.M. Kummeling, *De valbijl in het wetgevingsproces* (Achtergrondstudie Algemeen Wetgevingsbeleid nr. 7), Den Haag: Ministerie van Justitie 1996.

46 Notitie *Programma Regeldruk Bedrijven* (d.d. 7 februari 2011), bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 29 515, nr. 327.

47 Zie ook hoofdstuk 10, § 10.6.3.

Kroongeschillen, de *Tijdelijke* referendumwet en de *Interimwet* Ammoniak en Veehouderij. In de praktijk plegen dit soort aanduidingen enkel bij *gewone* tijdelijke wetgeving te worden gebezigd en niet bij wetgeving die slechts een horizonbepaling bevat. De reden daarvoor is dat een horizonbepaling het immers niet zeker maakt dat de wet slechts een tijdelijke werkingsduur zal hebben.

Experimenteerbepalingen zijn bepalingen die het mogelijk maken om proefondervindelijk vast te stellen of een bepaald probleem door middel van wettelijke maatregelen kan worden opgelost. Experimenteerbepalingen hebben altijd een tijdelijk karakter. Hoewel dat in normale gevallen niet geoorloofd is, kan met een experimenteerbepaling in een lagere regeling worden afgeweken van een hogere. De afwijking dient plaats te vinden op het 'naast-lagere niveau'. Dus afwijking van de wet in formele zin vindt slechts plaats bij amvb. Het voordeel van experimenteerbepalingen is dat er eerst de nodige ervaring kan worden opgedaan. Het nadeel is dat zij tot nogal wat rechtsonzekerheid kunnen leiden.

Het wetgevingsbeleid ten aanzien van experimenteerbepalingen is te vinden in het rapport '*Het proberen waard*' (2000). De Raad van State heeft een interne checklist met zeven criteria aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een experimenteerbepaling in zijn ogen mogelijk is.⁴⁸ Ar 10A en 10B geven enige aanwijzingen over het gebruik van experimenteerbepalingen.

Een evaluatiebepaling⁴⁹ wordt in de wet opgenomen wanneer het wenselijk is te bepalen dat de wet eenmalig of periodiek wordt geëvalueerd of over de uitvoering verslag wordt gedaan. Het voordeel van een evaluatiebepaling is dat zeker wordt gesteld dat een wet inderdaad wordt geëvalueerd. Niet zeker is evenwel hoe die evaluatie plaatsvindt noch of er vervolgens iets met de uitkomst wordt gedaan.

~~Ar 164 is gewijd aan de evaluatiebepaling.~~

Verval-, experimenteer- en evaluatiebepalingen worden ook wel gecombineerd in één wet. De combinatie van een vervalbepaling met een evaluatiebepaling komt neer op een horizonbepaling: er wordt immers een moment van heroverweging ingebouwd. Dit soort wetgeving wordt dan ook terecht wel aangeduid als horizonwetgeving.

Een voorbeeld biedt de Experimentenwet BGV-zones (Stb. 2009, 165). Artikel 10, tweede lid, luidt: 'Onze minister van Economische Zaken zendt voor 1 januari 2013 aan de Staten-Generaal een verslag van de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk, alsmede een standpunt inzake de voortzetting anders dan als experiment.' En artikel 11, eerste lid: 'Deze wet vervalt met ingang van 1 juli 2015.' Deze combinatie maakt er horizonwetgeving van.

Al dit soort bepalingen biedt in beginsel de mogelijkheid om de regeldruk te verminderen. Veel hangt evenwel af van wat er met de resultaten van de experimenten of de evaluatie wordt gedaan. Het lijkt erop dat vanwege hun voorgeschiedenis en Angelsaksische oorsprong met name (echte) horizonbepalingen het imago

48 Deze checklist is kenbaar uit Bulut & Veerman 2010, p. 14-16.

49 Zie ook hoofdstuk 15, § 15.6.3.

hebben een bijdrage te kunnen leveren aan de vermindering van de regeldruk, terwijl het juist bij dit type bepalingen, zoals hiervoor bleek, de vraag is of zij die verwachtingen in de praktijk kunnen waarmaken.

5.3 Systematiseren en uniformeren

5.3.1 *Inleiding: systematiseren en uniformeren als techniek van regeldrukvermindering*

Een belangrijke techniek om de regeldruk van een complex wet- en regelgevingsbestand te reduceren, is in dat bestand zoveel mogelijk *ordering* aan te brengen. De voordelen van een goede ordening van het wet- en regelgevingsbestand zijn legio: in de eerste plaats neemt daardoor de eenvoud en de *toegankelijkheid* toe. In een systematisch samengesteld en logisch geordend wet- en regelgevingsbestand vindt men immers veel sneller de weg: de wet- en regelgeving zijn beter kenbaar.

Maar niet alleen neemt de toegankelijkheid toe. Nadat de benodigde wettelijke regelingen zijn gevonden kunnen zij ook *beter begrepen* worden. Iets meer in termen van rechtsvinding gezegd: in een regelingsbestand waarin orde is geschapen, kan naast de taalkundige en historische interpretatie veel meer gewicht toekomen aan de systematische interpretatie van de wet. Bovendien wordt op haar beurt ook de taalkundige interpretatie door systematisering en uniformering bevorderd, doordat minder onduidelijk is of met een verschil in formulering ook een inhoudelijk verschil in betekenis is beoogd.

Een goede ordening maakt het regelbestand ook als zodanig *eenvoudiger*. Door een goede ordening van wetgeving worden herhalingen van dezelfde regel overbodig. In een perfect geordend systeem komt idealiter iedere regel maar één keer voor. Overigens zit daaraan wel een keerzijde. Degene die de wet raadpleegt, moet wel goed kennis hebben van het systeem aan de hand waarvan het regelbestand is geordend teneinde de onderlinge samenhang te kunnen doorgronden.

Voor de juridische *leek* neemt door systematisering de *toegankelijkheid* dan ook niet toe maar *af*: hij of zij kan immers niet volstaan met het nagaan van een bepaalde toepasselijke regeling, maar zal altijd ook naar de algemene regels moeten kijken. Het hanteren van meerdere wettelijke regelingen in een bepaald geval vereist inzicht in de *samenhang* tussen die regels, waarover hij niet beschikt. In de praktijk blijkt dan ook dat leken het liefst willen dat alles wat op hun specifieke terrein relevant is in één regeling wordt opgenomen (omdat ze anders vrezen zaken te zullen missen), terwijl de professionele jurist – als het goed is – geschoold is om met een rechtssysteem om te gaan en de keerzijde van al die woordelijke herhalingen inziet.

De gangbare oplossing om voor niet-juristen informatie te verschaffen over de geldende regels in een bepaald geval, is goede *voorlichting* te verstrekken die specifiek is geschreven voor een bepaald concreet geval. Voorlichtingsbrochures, al dan niet in elektronische vorm, zijn dan ook doorgaans gebaseerd op meerdere wettelijke regelingen waarvan de uitkomsten van de onderlinge samenhang zo eenvoudig mogelijk wordt weergegeven.

Wanneer een nieuwe wet tot stand wordt gebracht, moet deze in het bestaande systeem worden ingepast. Dat betekent dat bij het concipiëren van een nieuwe wettelijke regeling zeer nauwgezet rekening moet worden gehouden met de al

bestaande wettelijke regels. De meeste nieuw ingevoerde wetten zijn dan ook formeel wijzigingen van reeds bestaande wetten, zogeheten wijzigingswetten.⁵⁰

Daarnaast is het mogelijk om een reeds bestaand wet- en regelgevingsbestand voor een belangrijk deel opnieuw te ordenen. Herordening vindt plaats door een aantal wetten die van toepassing zijn op hetzelfde (beleids)terrein te systematiseren en uniformeren. Dat kan door deze wetten na een doorlichting opnieuw met elkaar in verband te brengen en te herschikken. Daaraan is behoefte wanneer na verloop van tijd door uiteenlopende wijzigingen en toevoegingen het wet- en regelgevingsbestand op een bepaald terrein onoverzichtelijk is geworden, de samenhang niet (meer) helder is en er teveel onwenselijke verschillen of dubblures in het bestand voorkomen. Bij zuivere toepassing van deze techniek worden geen nieuwe rechtsnormen ingevoerd, maar wordt slechts de bestaande wet- en regelgeving geanalyseerd en opnieuw geformuleerd.⁵¹ Strikt genomen is bij dit laatste dan ook sprake van een beleidsneutrale aanpak.⁵²

Beide technieken – zowel het rekening houden met bestaande wetgeving wanneer een nieuwe norm wordt ingevoerd als het doelbewust opnieuw ordenen van de bestaande wetgeving op een bepaald terrein – worden in de praktijk toegepast. De eerst genoemde techniek is van belang om de regeldruk zo min mogelijk te doen toenemen, met de tweede is beoogd de regeldruk verder omlaag te brengen.

De techniek waarbij een bepaald wet- regelgevingsbestand wordt doorgelicht, knoopt aan bij en bouwt voort op dezelfde principes als die gelden voor de wenselijkheid van het beschikken over *algemene wetboeken*, waarin de hoofdonderdelen van het recht – privaatrecht, strafrecht, bestuursrecht etc. – zijn geregeld. Daarbij is van belang dat ook goed is nagedacht over de structuur binnen de algemene wetboeken, zodat de onderlinge samenhang tussen de hoofdstukken en andere (sub)onderdelen goed is geregeld, al dan niet door middel van een gelaagd systeem. Deze techniek past dan ook uitstekend in de continentale traditie, waarin aan de codificatiegedachte veel gewicht wordt toegekend. Deze techniek staat echter in schril contrast met die van de hiervoor besproken praktijk van horizonbepalingen, waarvan het gebruik *ad hoc* kan worden toegepast en die veel meer een Angelsaksische traditie heeft.

Hierna komen eerst enige algemene wetten aan de orde, waardoor een indruk kan worden gekregen op welke wijze algemene wetten de regeldruk kunnen vermindere(n) (§ 5.3.2). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de verhouding tussen algemene en bijzondere wetten in formele zin: het algemeen wetgevingsbeleid brengt daarin enige ordening aan (§ 5.3.3). Voor de verhouding tussen de Awb en de

50 Volgens het rapport van P.O. de Jong & M. Herweijer, *Alle regels tellen, De ontwikkeling van het aantal wetten, amvb's en ministeriële regelingen in Nederland* (WODC reeks Onderzoek en Beleid, nr. 225), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 32, betreft ongeveer 70% van de wettenproductie de wijziging van bestaande wetten.

51 Deze techniek kunnen we mijns inziens heel goed als 'herregulering' bestempelen. De term 'herregulering' heeft aldus een specifiekere betekenis dan Geelhoed eraan beoogde toe te kennen (zie het vorige hoofdstuk).

52 Zie het vorige hoofdstuk voor de betekenis van de term 'beleidsneutraal'.

bijzondere formele wetgeving zijn deze ordeningsregels aan de hand van vier harmonisatietechnieken nog wat verder uitgewerkt (§ 5.3.4).

5.3.2 De Awb en enige andere algemene wetten

Een van de bekendste wetten die een zeer aanzienlijke bijdrage heeft geleverd aan de ordening van ons rechtssysteem is de Awb. De Awb is er primair op gericht een grote mate van uniformering en systematisering van de bestuursrechtelijke wetgeving te bewerkstelligen.

De doelstellingen van de Awb zijn: 1. het bevorderen van eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving; 2. het systematiseren en, waar mogelijk, vereenvoudigen van de bestuursrechtelijke wetgeving; 3. het codificeren van ontwikkelingen, die zich in de bestuursrechtelijke jurisprudentie hebben afgetekend; 4. het treffen van voorzieningen ten aanzien van onderwerpen die zich naar hun aard niet voor regeling in een bijzondere wet lenen.⁵³ Met name de eerste twee doelstellingen zijn gericht op de hier bedoelde uniformering en systematisering.

Een belangrijk voordeel van harmonisatie⁵⁴ van een wet- en regelbestand op zo'n grote schaal als door middel van de Awb is gebeurd en nog steeds plaatsvindt, is dat niet alleen de toegankelijkheid, begrijpelijkheid en eenvoud van wet- en regelgeving aanzienlijk toenemen, maar ook dat de *rechtsvragen* die rijzen meer op gelijke wijze kunnen worden opgelost. Zo deed zich bij de regeling van de beroepstermijn de vraag voor of het beroepsschrift binnen de gestelde termijn moet zijn ontvangen of dat voldoende is dat het binnen de termijn is verzonden. Toen de wetgever hiervoor nog geen algemene regeling had getroffen – zoals vroeger het geval was –⁵⁵ moest door de rechter hierop een antwoord worden gevonden. Maar omdat de beroepstermijn in heel veel verschillende wetten voorkwam, gold het jurisprudentiële antwoord alleen voor de specifieke wet en was geenszins gegarandeerd dat die oplossing ook voor een andere wet zou gelden: verschillen tussen de beleidsterreinen alsmede verschillen in wettelijke formulering kunnen een onuitputtelijke bron van argumenten ten gunste van afwijkende oplossingen zijn. Door een algemene regeling kunnen nieuwe rechtsvragen efficiënter worden opgelost en zij geeft minder aanleiding tot jurisprudentie dan bij een versnipperde wettelijke regeling het geval is.⁵⁶ Het vraagt nu eenmaal veel minder inspanningen als de jurisprudentie die van toepassing is op het terrein van het openbaar vervoersrecht ook van toepassing is in bijvoorbeeld het vreemdelingenrecht.

Dit neemt uiteraard niet weg dat er ook nadelen aan harmonisatie kunnen kleven. Over de Awb is wel verzucht dat de harmonisatie op onderdelen te ver is doorgeschoten, doordat de uniforme regel op bepaalde deelgebieden van het recht niet voldoet. Vanuit de huidige systematiek van de Awb zou het antwoord op deze kritiek overigens voor een deel simpelweg kunnen zijn, dat in een dergelijk geval bij bijzonder wettelijk voorschrift een andere regel dan die van de Awb moet kunnen worden voorgeschreven (men zie hierna over de verschillende soorten harmonisatietechnieken). Voor zover

53 PG Awb I, p. 19.

54 Zie ook hoofdstuk 13, § 13.2.

55 Het voorbeeld is ontleend aan PG Awb I, p. 19-20.

56 PG Awb I, p. 20.

een oplossing via wetgeving niet goed mogelijk is, zoals bij de uitleg van kernbegrippen e.d., zou men kunnen denken aan een contextuele of omgevingsgerichte interpretatie van Awb-begrippen en regels.⁵⁷

De harmonisatie van het bestuursrecht biedt ook veel *praktische* voordelen. Het is buitengewoon handig dat een jurist die zich heeft beziggehouden met ruimtelijke ordening kan overstappen naar bijvoorbeeld het sociale zekerheidsrecht; weliswaar gelden op dat terrein veel andere rechtsregels, maar het scheelt al aanzienlijk als er ook een omvangrijk algemeen deel van het bestuursrecht is dat in de verschillende bijzondere delen van het bestuursrecht gelding heeft, zodat niet *alles* opnieuw behoeft te worden geleerd.⁵⁸ Een algemene wet bevordert ook de totstandkoming van de benodigde juridische commentaren op die wet, waarin ook de rechtspraak is verwerkt.⁵⁹

Een groot voordeel van harmonisatie is dan ook dat van de problemen of ervaringen op een bepaald rechtsterrein ook andere rechtsterreinen kunnen leren en daar niet opnieuw het wiel hoeft te worden uitgevonden. Wanneer bijvoorbeeld met een bepaald fenomeen in het telecommunicatierecht ervaring is opgedaan, kan men daarvan op het terrein van de kansspelen leren. Dat proces wordt aanzienlijk vereenvoudigd door het beschikken over algemene regels van bestuursrecht. De regels die in het algemene deel zijn neergelegd, gelden immers in beginsel overal, ongeacht de sector waarop zij van toepassing zijn.

Het recht van de fysieke leefomgeving was jarenlang een bron van inspiratie voor het algemene bestuursrecht. Te denken valt in het bijzonder aan de uniforme openbare voorbereidingsprocedure (afd. 3.4 Awb), die oorspronkelijk was gebaseerd op de ervaringen in dit rechtsgebied. Deze regeling is inmiddels in meer dan 60 formele wetten van toepassing verklaard, ook buiten het recht van de fysieke leefomgeving, zoals in de Wet bescherming persoonsgegevens.

Het schoolvoorbeeld van de uniformerende werking van de Awb vormt de termijn voor het instellen van bezwaar en beroep (art. 6:7). Waar voorheen op allerlei deelgebieden verschillende termijnen golden voor bezwaar en beroep – dertig dagen, vier weken, één of juist twee maanden – heeft de Awb deze termijn geüniformeerd en vastgesteld op zes weken. Moest voorheen steeds weer opnieuw per soort van geval worden onderzocht wat de wettelijk voorgeschreven beroepstermijn was, sinds 1994 weten wij dat – vrijwel altijd (over de uitzonderingen hierna meer) – dezelfde uniforme termijn geldt. Daarvoor behoeft nu nog slechts op één plaats te worden gekeken en is het in beginsel niet meer nodig van geval tot geval de verschillende toepasselijke bijzondere regelingen te raadplegen, zij het dat wel moet worden nagegaan of er niet een bijzondere regel is die van de algemene afwijkt. Dat

57 Vgl. E.J. Daalder, 'Interventie', in: *De Awb en de bijzondere wetgeving* (VAR-reeks 125), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 36 en J. Polak, 'De Algemene wet bestuursrecht en het moderne marktordeningsrecht', in: N.S.J. Koeman, A. ten Veen & J.R. van Angeren (red.), *Overheid en markt*, Deventer: Kluwer 2004, p. 9.

58 Vgl. N. Verheij, 'Over meer algemene en meer bijzondere wetten', *NTB* 2007, p. 382.

59 PG Awb I, p. 20. Dit voordeel is ook waar te nemen bij andere algemene wetten, (de totstandkoming van) de Wet financieel toezicht heeft bijvoorbeeld een duidelijk aanjagend effect op de daarop bestemming hebbende literatuur.

geeft al met al een aanzienlijke vermindering van de regeldruk: de last of inspanning die moet worden gepleegd om de regel te kennen en te begrijpen is aanzienlijk verminderd.

Het is met name in de *aanpassingswetgeving* dat in dit opzicht de grootste slag wordt geslagen. Vrijwel ieder nieuw onderdeel van de Awb – een nieuwe tranche of andere aanvulling – vergt dat de bestuurswetgeving van de bijzondere rechts-terreinen wordt aangepast. Om bij het voorbeeld van de bezwaar en beroepstermijn te blijven: op velerlei plaatsen is in de bijzondere bestuurswetgeving de bezwaar- en beroepstermijn geschrapt. Ook in *kwantitatief* opzicht is door de uniformering de regeldruk aldus verminderd: het aantal wettelijke regels is er aanzienlijk door gedaald. Toch is dit niet het primaire doel van deze wetgevingsoperatie: dat is het vergroten van de kenbaarheid, hanteerbaarheid en bruikbaarheid van de regel. De reductie van het aantal regels is evenwel meer dan ‘mooi meegenomen’, nu dat het regelbestand als geheel eenvoudiger en iets minder omvangrijk maakt. Ook hier blijkt (weer) dat regeldrukvermindering veel meer betreft dan uitsluitend de vermindering van het aantal regels.

De aanpassingswetten aan de Awb-tranches zijn dan ook veel omvangrijker dan de tranches zelf. Zo bracht de aanpassingswetgeving aan de eerste en tweede tranche van de Awb (1994) maar liefst de wijziging van 337 wetten en 15 rijkswetten met zich; de Leemtewet Awb (Stb. 1995, 250) wijzigde nog eens 117 wetten. De aanpassingswetgeving aan de derde tranche van de Awb (1998) leidde tot aanpassing van 275 wetten en 8 rijkswetten en de aanpassingswetgeving aan de vierde tranche van de Awb (2009) tot wijziging van 193 wetten.⁶⁰ De daling van dit aantal wijzigingen, wordt, naar ik aanneem, veroorzaakt door het meer specifieke karakter van de onderwerpen die in de derde en vooral in de vierde tranche zijn geregeld.

Het voorbeeld van de bezwaar- en beroepstermijn laat meteen nog iets anders zien. Uniformering en systematisering zijn voor een belangrijk deel *juridische en wets-technische* kwesties. Het is weliswaar aan de politiek om de norm voor te schrijven en de inhoud van die norm vast te stellen, maar hoe dat precies wordt geregeld, is veel minder een politieke kwestie. Het is met name aan de wetgevingsambtenaren om aan te geven hoe en op welke plaats de gewenste norm het best in de wettelijke regels kan worden vastgelegd. We hebben, zoals gezegd, in beginsel van doen met een beleidsneutrale activiteit.⁶¹

Dat de aanpassing een technisch karakter heeft, neemt overigens niet weg dat het maken van aanpassingswetgeving geen mechanische operatie is, waarbij de inhoud volautomatisch uit de Awb volgt. Soms is dat wel het geval, maar dikwijls moeten voor de bijzondere wettelijke bepalingen nog aanvullende technische keuzes worden gemaakt.⁶²

60 Met dank aan mr. B.J. Clement voor het telwerk, gepresenteerd tijdens het afscheidssymposium van prof. mr. N. Verheij (15 juni 2011).

61 Dit verklaart ook waarom voor een wet als de Awb in de Tweede Kamer betrekkelijk weinig aandacht is: politiek kan er, behoudens een enkele uitzondering, niet of nauwelijks mee worden gecoörd.

62 Zie nader over de werkwijze bij aanpassingswetgeving: *Kamerstukken II* 2006/07, 31 124, nr. 3 p. 3 (MvT Aanpassingswet vierde tranche Awb).

Er zijn veel meer voorbeelden te geven van systematiserende en uniformerende wetgeving. De meeste andere wetten met een sterk algemeen karakter hebben weliswaar niet de grote reikwijdte van de Awb maar beslaan een omvangrijk *beleidsterrein*. Enige voorbeelden van andere wetten die beleidsterreinen overkoepelen zijn de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Wet financieel toezicht, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht, de Wet milieubeheer en de Waterwet. Het zal duidelijk zijn dat het uit een oogpunt van de vermindering van regeldruk een goede zaak is als dit soort koepelwetten tot stand wordt gebracht. De voordelen die hierboven aan systematisering en uniformering zijn toegedacht, zijn niet wezenlijk anders dan die van de harmonisatie door middel van de Awb, zij het dat de reikwijdte op onderdelen uiteraard minder groot is.

Er zijn al jaren pleidooien om ook op het terrein van het onderwijsrecht een dergelijke omvangrijke koepelwet tot stand te brengen.⁶³ Verder zijn er voornemens te komen tot een zogeheten Omgevingswet, die de wetgeving op het terrein van het omgevingsrecht bundelt, vereenvoudigt, moderniseert en versobert.⁶⁴ Een ander beleidsterrein waar een dergelijke wet zich mijns inziens zeer goed laat denken, is het nu nog zeer verbrokkelde terrein van het economisch bestuursrecht.

Daarnaast zijn er enkele algemene wetten die niet zozeer betrekking hebben op een bepaald beleidsterrein of een bepaalde maatschappelijke sector maar op een specifieke *activiteit* van het openbaar bestuur die op velerlei terrein voorkomt, zoals de Wet openbaarheid van bestuur, de Archiefwet 1995, de Kaderwet adviescolleges en de Algemene wet op het binnentreden. Ook deze algemene wetten reduceren de regeldruk, mede doordat de bijzondere formele wetgeving terzake geen voorschriften (meer) behoeft te bevatten.

Van dit laatste type wetten is in de literatuur wel bepleit ze in de Awb op te nemen, aangezien het algemene regels van bestuursrecht zijn (vgl. art. 107 lid 2 Gw) en regeling in één wet de inhoudelijke samenhang bevordert.⁶⁵ Een dergelijke omvangrijke harmoniserende hercodificatie zou uiteindelijk kunnen leiden tot een 'Wetboek van bestuursrecht'.

5.3.3 *Orderingsregels tussen formele wetten*

Een goede en adequate ordening van het wet- en regelgevingsbestand vereist dat de verhouding tussen de verschillende soorten wettelijke regels duidelijk is. Idealiter zijn er (wettelijke) regels met een metakarakter die deze verhouding tot uitdrukking brengen.

63 Zie reeds P.J.J. Zoontjens, 'Naar een Wet algemene bepalingen onderwijs?', in: Ph. Eijlander e.a. (red.), *Wetgeven en de maat van de tijd*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 191 e.v.

64 *Kamerstukken II* 2010/11, 31 953, nr. 40 (brief van de Minister van Infrastructuur en Milieu). Waarover onder meer: Th. Drupsteen, 'Een Omgevingswet', in: T. de Gier e.a. (red.), *Goed verdedigbaar* (Van Buuren-bundel), Deventer: Kluwer 2011, p. 273 e.v.

65 Verheij 2007, p. 384. Opname van de Wob in de Awb is voorgesteld door de Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht in het voorontwerp voor de vierde tranche van de Awb (1999), maar dit advies is door de regering niet overgenomen.

Voor een belangrijk deel is die ordening op hoofdlijnen helder. De Grondwet is van hogere rangorde dan de (gewone) wetten in formele zin. Amvb's en ministeriële regelingen zijn van lagere rang. Voor wetgeving van decentrale overheidslichamen, met name gemeentelijke en provinciale verordeningen, geldt de zogeheten boven- en ondergrens.

Wij kennen in ons rechtssysteem echter geen hiërarchie tussen formele wetten.⁶⁶ De Algemene wet bestuursrecht en de Wet openbaarheid van bestuur bijvoorbeeld zijn niet van hogere rangorde dan andere formele wetten. Toch moet de verhouding tussen de algemene herordenende koepelwetten en de bijzondere wetgeving op de verschillende rechtsterreinen duidelijk zijn. Ordenende *wettelijke* regels ontbreken daarvoor vrijwel volledig.

De Gemeentewet en de Provinciewet kennen echter wel een voorschrift dat de verhouding met bijzondere wetgeving tot uitdrukking brengt, artikel 115 Gemeentewet luidt als volgt: '1. Een wet waarbij van gemeentebesturen regeling of bestuur wordt gevorderd of waarbij in betekenende mate wijziging wordt gebracht in taken en bevoegdheden van gemeentebesturen, wijkt van het bepaalde in deze wet niet af dan wanneer dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang. 2. Het voorstel voor een wet als bedoeld in het eerste lid bevat in de bijbehorende toelichting de gronden voor de voorgestelde afwijking.' Men zie artikel 113 Provinciewet voor een analoge bepaling.⁶⁷

Voor het regelen van de verhouding tussen formele wetten onderling is een belangrijke rol weggelegd voor het wetgevingsbeleid. Uitgangspunt van het wetgevingsbeleid is dat als soortgelijke onderwerpen worden geregeld, voor zover mogelijk wordt gestreefd naar harmonisatie van wetgeving.

De Ar/Igr bevatten meerdere voorschriften over harmonisatie van regelgeving. Zie Ar 47/Igr 13 voor het genoemde uitgangspunt. Ar 48 brengt tot uitdrukking dat wanneer een wet wordt gewijzigd, zulks een goede aanleiding kan zijn om tevens de regeling zoveel mogelijk naar vorm en inhoud met vergelijkbare regelingen in overeenstemming te brengen.

Vanuit het perspectief van de vermindering van regeldruk is het verder wenselijk dat zo min mogelijk wetten afwijken van de algemene wettelijke regels. In beginsel dient de algemene wet van toepassing te zijn en dient daarvan zo min mogelijk in een bijzondere wet te worden afgeweken. Immers, iedere afwijking vertroebelt het systeem en doet afbreuk aan een heldere en eenvoudige ordening. In het wetgevingsbeleid geldt daarom het adagium: de algemene wet gaat voor de bijzondere wet.

Men zie de titel van het gelijknamige boekje van de hand van H.J. de Ru, *De Algemene Wet gaat voor de Bijzondere Wet, Notitie over een nieuw wetgevingsbeleid*.⁶⁸

66 In sommige landen is dat anders. In Frankrijk en Spanje hebben (bepaalde) organieke wetten een hogere status.

67 W. Konijnenbelt, 'System in the Madness? Over structuurwetten als ruggespraak van de wetgeving', *NTB* 1988, p. 1 e.v., heeft voor deze artikelen een lans gebroken.

68 Achtergrondstudies Algemeen Wetgevingsbeleid, nr. 1, Den Haag: Ministerie van Justitie 1993.

Concreet betekent dit dat van algemene wetten alleen wordt afgeweken indien dit noodzakelijk is. Minstens zo belangrijk is dat een afwijking in de memorie van toelichting van de bijzondere wet moet worden gemotiveerd.

Deze regels zijn opgenomen in Ar 49. De toelichting bij deze aanwijzing noemt een veelheid aan algemene wetten waarvoor deze voorrangsregel geldt. Het zijn deze regels die ook in de al genoemde bepalingen van de Gemeente- en Provinciewet zijn vastgelegd. Zie ook Igr 13 met betrekking tot de verhouding van algemene regelingen (bijvoorbeeld APV) en bijzondere regelingen.

In de literatuur is wel gewezen op een superieure positie die de Awb zou claimen en in de praktijk ook zou krijgen, maar die de meeste andere algemene wetten, zoals de Wet openbaarheid van bestuur en de Wet op het binnentreden, niet zouden hebben.⁶⁹ Dat lijkt mij een misverstand. Rechtens zijn in ons land alle wetten in formele zin (met uitzondering van de Grondwet) gelijk en beleidsmatig gelden de voorrangsregels voor alle algemene wetten en dus niet alleen voor de Awb.⁷⁰

Ten slotte is het van belang om niet over het hoofd te zien dat de bekende, al aan het Romeinse recht ontleende, adagia over de verhouding tussen de algemene en de bijzondere wet voor het wetgevingsbeleid van geen enkele waarde zijn. Sterker nog, de *lex specialis*-regel staat haaks op de voorrangsregels van het wetgevingsbeleid. De Romeinse voorrangsregels maken geen onderdeel uit van het wetgevingsbeleid, maar zeggen (slechts) iets over de *toepassing* van de wettelijke regels, nadat deze tot stand zijn gekomen. Het wetgevingsbeleid is er evenwel op gericht zo min mogelijk wettelijke afwijkingen tot stand te doen komen.

'Lex specialis derogat legi generalis', oftewel: de bijzondere wet gaat voor de algemene wet en *'Lex posterior derogat legi priori'*, oftewel: de nieuwe wet gaat voor de oude wet. Beide zijn geen regels van wetgevingsbeleid maar van rechtstoepassing.

5.3.4 De Awb als harmoniserende wet

Voor het bij formele wet afwijken van de Awb geldt een verfijnd systeem, dat hoofdzakelijk een nadere uitwerking en nuancering vormt van de, hiervoor besproken, in de Ar opgenomen algemene ordeningsregel dat afwijkingen van de algemene wet uitzondering dienen te zijn en gemotiveerd dienen te worden. De Awb kent vier harmonisatietechnieken, die afhankelijk zijn van het soort Awb-bepalingen waarvan wordt afgeweken.

Wanneer van *dwingende* Awb-bepalingen wordt afgeweken, wordt dit niet alleen gemotiveerd in de memorie van toelichting van de bijzondere wet, maar wordt dit bovendien ook in de *wettekst* van de bijzondere wet tot uitdrukking gebracht, met de woorden: 'In afwijking van artikel ... Awb...' of woorden van gelijke strekking. Dit is

69 C.A.J.M. Kortmann, 'Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet?', in: *De Awb en de bijzondere wetgeving* (preadvies VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 22.

70 Wat wel de vraag oproept welke wetten precies als algemene wetten in de zin van de Ar moeten worden aangemerkt. De toelichting op Ar 49 biedt een niet-limitatief overzicht.

nodig omdat voorkomen moet worden dat niet helder is welke wettelijke bepaling, de Awb-bepaling of die van de bijzondere wet, voorgaat.

Deze voorrangsregel is – opmerkelijk genoeg – niet vastgelegd in de Ar, maar is door de wetgever tot uitdrukking gebracht in de memorie van toelichting bij de Aanpassingswetgeving van de Awb.⁷¹ Van de – hierboven als voorbeeld genoemde – zes wekentermijn voor bezwaar en beroep wordt in enkele bijzondere wetten afgeweken wanneer deze termijn te lang is. Zo kent de Kieswet een kortere termijn voor beroep, want het proces van kandidaatstelling moet voor de verkiezingsdatum zijn afgerond en rechtens onaantastbaar zijn.

Door middel van *regelend* recht geeft de Awb de voor de normale gevallen beste hoofdregel. Voor afwijking van Awb-voorschriften die van regelende aard zijn – d.w.z. voorschriften die de woorden ‘tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald...’ bevatten – kan volstaan worden met een motivering in de memorie van toelichting van de bijzondere wet. Voor regelende Awb-bepalingen geldt dus dezelfde techniek als voor de andere algemene wetten. De bijzondere wet behoeft niet tot uitdrukking te brengen dat met het voorschrift van de hoofdregel van de Awb wordt afgeweken (zoals bij afwijking van dwingend recht wel moet), want de Awb voorziet zelf reeds in de mogelijkheid van afwijking. Hier kan zich dus niet het gevaar voordoen dat niet helder is welke regel voorrang heeft.

Een voorbeeld uit de titel voor bestuursrechtelijke geldschulden biedt artikel 4:89, eerste lid: ‘Tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald, geschiedt betaling door middel van bijschrijving op een daartoe door de schuldeiser bestemde bankrekening.’ In dit voorschrift is het uitgangspunt neergelegd dat de schuldenaar giraal betaalt, bijvoorbeeld door storting of overschrijving op een bankrekening. De schuldeiser is bevoegd betaling op andere wijze toe te staan, hij kan echter een schuldenaar daartoe slechts verplichten indien daarin door middel van een bijzonder wettelijk voorschrift is voorzien.

Deze twee harmonisatietechnieken komen veruit het meeste voor. Daarnaast kent de Awb nog aanvullend recht en facultatief recht. Daarbij ligt de verhouding tussen algemene wet en bijzondere wet wezenlijk anders. Bij *aanvullend* recht geeft de bijzondere wet de voorschriften voor het normale geval, maar voor het geval dat de bijzondere wet niets heeft geregeld bevat de Awb een vangnetregeling.

Het voorbeeld bij uitstek is de regeling van de beslistermijn, dat wil zeggen de termijn waarbinnen op een aanvraag een beslissing moet zijn gegeven. In beginsel dient de bijzondere wet deze termijn voor te schrijven, maar als de bijzondere wet hierover zwijgt geldt een redelijke termijn die in ieder geval na acht weken is verstreken (art. 4:13 Awb).

Bij *facultatief* recht bepaalt een bijzonder wettelijk voorschrift of – voor een concreet geval – een besluit van een bestuursorgaan dat een bepaald onderdeel van de Awb van toepassing is. Bij facultatief recht bevat de Awb een standaardoplossing die niet van rechtswege van toepassing is, maar slechts wanneer dat separaat – in een bijzonder wet of in een bestuursbesluit – is voorgeschreven.

71 Zie o.a. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 124, nr. 3, p. 2 (MvT Aanpassingswet vierde tranche Awb).

Afdeling 3.4 Awb, de uniforme openbare voorbereidingsprocedure, vormt een helder voorbeeld van facultatief recht in de Awb. Zoals gezegd, zijn er meer dan 60 formele wetten die deze procedure voorschrijven. Een ander voorbeeld van een facultatieve regeling biedt § 4.1.3.3 Awb: positieve fictieve beslissingen bij niet tijdig beslissen.

Eenheid in wettelijke terminologie vermindert de regeldruk. Uit een oogpunt van harmonisatie wordt aan de definities van de Awb dan ook een grote reikwijdte toegekend. Deze definities gelden niet alleen voor de Awb zelf, maar ook voor andere bestuursrechtelijke wetgeving.

Dit blijkt uit de definitiebepalingen van de Awb zelf die niet – zoals gebruikelijk – zeggen: 'In deze wet wordt onder ... verstaan', maar slechts bepalen: 'Onder ... wordt verstaan'. De woorden 'in deze wet' ontbreken dus. Bovendien brengt Ar 50 de royale reikwijdte van een groot aantal Awb-termen tot uitdrukking door te bepalen dat deze termen in bestuursrechtelijke regelingen worden gebruikt in de betekenis die daaraan is gegeven in de Awb.

5.4 Ruimtelatende instrumenten

5.4.1 Inleiding: ruimtelaten als regeldrukvermindering

Een stap minder ver dan het geheel schrappen van wettelijke regels of iets (geheel) ongeregeld laten, is het gebruik van ruimtelatende figuren in wetgeving. Doordat de beslissingsruimte van de normadressaat niet is dicht gereguleerd, maar hem een aanzienlijke mate van beslissingsruimte wordt gelaten, wordt de regeldruk geacht minder hoog te zijn. Het gaat hier primair om het tot stand brengen van een andere verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en samenleving, maar daardoor kan meer dan eens ook een bijdrage worden geleverd aan het economisch functioneren van de betrokkenen.

Aan de orde komen verschillende ruimtelatende wetgevingsfiguren, te weten: het gebruik van beginselgeleide wetgeving (§ 5.4.2), het gebruik van zorgplichten in wetgeving (§ 5.4.3), het gebruik van doelvoorschriften in plaats van middelvoorschriften (§ 5.4.4), het gebruik van algemene regels in plaats van vergunningen en vergunningenstelsels (§ 5.4.5), het gebruik van een systeem met tussenfiguren zoals informatieverstrekking en meldingen (§ 5.4.6) en de Lex silencio positivo (§ 5.4.7). Volledigheidshalve zij opgemerkt dat een andere manier om veel ruimte te scheppen of te laten voor de betrokkenen, het langs wettelijke weg stimuleren van zelfregulering is. Deze techniek wordt wel aangeduid als wettelijk geconditioneerde zelfregulering; zij komt aan de orde in § 5.6.

5.4.2 Beginselgeleide wetgeving

Een van de technieken die de wetgever kan hanteren om keuzeruimte te laten aan de betrokkenen, is gebruik te maken van rechtsbeginselen. Bij gebrek aan een algemeen aanvaarde uitdrukking duid ik deze wetgeving aan als 'beginselgeleide' wetgeving. Naarmate de wet meer gebaseerd is op de werking van rechtsbeginselen heeft zij een sterker beginselgeleid karakter.

Ook hier is mede sprake van een *techniek*. Het is ten dele een kwestie van wetgevingstechniek of rechtsbeginselen wel of niet in de wet worden opgenomen en daardoor bij de uitleg en toepassing van de wet – als interne óf externe factoren – een bepaalde rol gaan spelen. Het is aan de wetgevingsambtenaar om in 'zijn' wetsvoorstel een goede verhouding tussen de werking van de opgenomen rechtsregels en rechtsbeginselen te vinden. Dat is voor een belangrijk deel een wetstechnische aangelegenheid.

Het idee van de beginselgeleide wetgeving veronderstelt dat er een werkbaar onderscheid kan worden gemaakt tussen rechtsbeginselen en rechtsregels. Dat is inderdaad goed mogelijk. Rechtsbeginselen kunnen in een bepaald geval in meer of mindere mate van toepassing zijn. Dat komt doordat aan rechtsbeginselen een bepaald *gewicht* of *belang* moet worden toegekend; in het ene geval kan een rechtsbeginsel zwaarder wegen dan in het andere. Voor rechtsregels geldt dat niet. De dimensie van een bepaald gewicht of belang ontbreekt bij rechtsregels. Rechtsregels hebben daarentegen een *alles-of-niets* karakter. Als de feiten zich voordoen waarop een rechtsregel betrekking heeft, dan treden de rechtsgevolgen in die de regel beoogt te bewerkstelligen. Rechtsregels zijn in een bepaald geval wel of niet van toepassing, maar niet in meer of mindere mate.

Het meer of mindere gewicht dat aan rechtsbeginselen moet worden toegekend, blijkt vooral als twee of meer rechtsbeginselen op hetzelfde geval van toepassing zijn en bovendien met elkaar botsen: tegenstrijdige rechtsbeginselen kunnen tegelijk van toepassing zijn. Tegenstrijdige rechtsregels kunnen dat niet: één van beide tegenstrijdige rechtsregels is in een concreet geval van toepassing, de andere niet.

Rechtsbeginselen hebben ten slotte nog een andere eigenschap, die met het voorgaande nauw samenhangt. Rechtsbeginselen brengen een bepaald *streven* of *ideaal* tot uitdrukking. Zij kunnen in meer of minder mate worden nagestreefd, maar de bedoeling is dit zoveel mogelijk te doen. Er zijn echter grenzen die aan een optimale behartiging van een rechtsbeginsel in de weg kunnen staan, bijvoorbeeld doordat zulks in een bepaald geval in strijd is met andere rechtsbeginselen of met bepaalde rechtsregels. Men brengt deze eigenschap wel onder woorden door te zeggen dat rechtsbeginselen *geoptimaliseerd* moeten worden. Voor de vraag hoe de rechtsbeginselen nagestreefd moeten worden, wijst het in de wet opgenomen rechtsbeginsel in zekere zin zelf de weg. Rechtsbeginselen zijn doel- of waardegericht. Dit betekent dat voor de behartiging van rechtsbeginselen die in wetgeving zijn opgenomen met name ook de *strekking* of de *geest* van de wet heel belangrijk is.

Dit alles neemt overigens niet weg dat er in een bepaald geval over kan worden gearzeld of een bepaald wettelijk voorschrift een regel- of beginselkarakter heeft. Anders gezegd: rechtsbeginselen en rechtsregels zijn heel goed te *onderscheiden* maar niet steeds te scheiden. Rechtsbeginselen vormen immers de gedachte – de ratio – achter de rechtsregels. In de rechtspraktijk wordt vaak opgemerkt dat rechtsbeginselen van een hoger abstractieniveau zijn dan rechtsregels. Dat is ook zo, maar lang niet altijd. Als vuistregel vormt het verschil in abstractieniveau een uitstekend vertrekpunt voor het maken van een onderscheid tussen rechtsbeginselen en rechtsregels, maar

vervolgens is het voor het maken van dit onderscheid verstandig vooral op de genoemde analytische verschilpunten te letten. Kortom:

- rechtsregels hebben een alles-of-niets karakter;
- rechtsbeginselen hebben een bepaald gewicht;
- rechtsbeginselen moeten worden geoptimaliseerd.

Het onderscheid tussen rechtsbeginselen en rechtsregels is vrij breed aanvaard. Ten onzent is het met name Paul Scholten die een scherp onderscheid tussen rechtsbeginselen en rechtsregels voorstaat.⁷² Uit de (Angelsaksische) rechtsfilosofie moet hier met name Ronald Dworkin worden genoemd; hij heeft in het bijzonder het alles-of-niets karakter van rechtsregels en de dimensie van gewicht van rechtsbeginselen helder onder woorden gebracht.⁷³ Robert Alexy heeft in zijn kritiek op Dworkin daaraan toegevoegd dat rechtsbeginselen moeten worden geoptimaliseerd; hij spreekt van *Optimierungsgebote*.⁷⁴ In de Nederlandse literatuur is overigens van verschillende kanten gewezen op de opmerkelijke parallellen tussen Scholten en Dworkin.⁷⁵

Rechtsbeginselen die in wetgeving zijn opgenomen, worden met name in de privaatrechtelijke literatuur wel aangeduid als *open of vage normen*.⁷⁶

Bij de terminologie van open of vage normen moet evenwel niet uit het oog worden verloren dat in wetgeving verschillende soorten vage termen voorkomen, zowel prescriptieve als descriptieve.⁷⁷ Rechtsbeginselen zijn prescriptief, zij hebben een normatief element. Zuiver descriptieve vage termen zijn geen rechtsbeginselen, ook niet wanneer ze in wetgeving zijn opgenomen.

Het gebruik van sterk beginselgeleide wetgeving past goed bij de remedie die erop gericht is om overtoollige regeldruk tegen te gaan door een andere *verantwoordelijkheidsverdeling* tussen overheid en samenleving te realiseren. Dat komt doordat er bij rechtsbeginselen nog een (nadere) afweging moet worden gemaakt. Het is niet de wetgever, maar de normadressaat die dat doet. Bij rechtsregels is dat anders: daar heeft in principe de wetgever op een hoger abstractieniveau de afweging al gemaakt. De rechtsregel is vervolgens wel of niet van toepassing. Die afweging is niet meer aan de normadressaat (en de rechter oordeelt uiteindelijk of de rechtsregel wel of niet terecht van toepassing is geacht).

Er is nog een andere reden waarom een toename in het gebruik van rechtsbeginselen ten opzichte van rechtsregels tot vermindering van regeldruk – hier in de betekenis van een vermindering van het *aantal* wettelijke regels – kan leiden. Uitzonderingen op rechtsregels leiden tot nieuwe regels. Dat is een kenmerk van

72 P. Scholten, *Algemeen deel* (Asser-serie), 3^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 62.

73 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977, p. 22 e.v.

74 R. Alexy, 'Rechtsregeln und Rechtsprinzipien', in: N. MacCormick, S. Panou & L. Lombardi Vallauri (red.), *Conditions of Validity and Cognition in Modern Legal Thought*, Stuttgart: Franz Steiner 1985, p. 19.

75 A. Soeteman, 'Hercules aan het werk. Over de rol van rechtsbeginselen in het recht', AA 1991, p. 755 en P.W. Brouwer, 'Rechtsbeginselen en rechtspositivisme', AA 1991, p. 757.

76 Bijvoorbeeld G.J. Scholten, 'Rechtsbeginselen en rechtsregels. Scheiden schaadt', in: G.J. Scholten, D.F. Scheltens & H.J. van Eikema Hommes, *Rechtsbeginselen*, 2^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1983, p. 3 en J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1992.

77 Vgl. G.J. Wiarda & T. Koopmans, *Drie typen van rechtsvinding*, 4^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 28.

rechtsverfijning.⁷⁸ Bij rechtsbeginselen ligt dat anders. Vanwege hun dimensie van gewicht, kan er op rechtsbeginselen een uitzondering worden gemaakt zonder dat zulks uitdrukkelijk is voorgeschreven. Het gebruik van rechtsbeginselen in wetgeving leidt dan ook tot een flexibeler systeem dat minder nadere rechtsregels vergt.

Het gebruik van meer beginselgeleide wetgeving is al met al aantrekkelijk, omdat dit soort wetgeving:

- keuzeruimte laat aan de normadressaat;
- waarde- of doelgericht is;
- tot reductie van het aantal rechtsregels kan leiden.

Er zijn veel voorbeelden te geven van rechtsbeginselen die in wetgeving zijn opgenomen. Een bekend voorbeeld vormt artikel 5 Wegenverkeerswet 1994.⁷⁹

Artikel 5 Wegenverkeerswet 1994 luidt als volgt: 'Het is een ieder verboden zich zodanig te gedragen dat *gevaar op de weg* wordt veroorzaakt of kan worden veroorzaakt of dat het verkeer op de weg wordt *gehinderd* of kan worden gehinderd' (curs. FvO).

Dit artikel brengt het zogeheten gevaarzettingsbeginsel – het verbod van gevaarzetting of hinder – tot uitdrukking. Het heeft een heel ander karakter dan de rechtsregel dat het verboden is om op de snelweg harder dan de voorgeschreven maximumsnelheid van 80, 100, 120 of 130 km per uur te rijden. Als het hard regent, bij zware mist of sneeuwval kan 100 km per uur nog veel te hard zijn. De automobilist die onder die weersomstandigheden 100 km per uur rijdt overtreedt het gevaarzettingsverbod. Wezenlijk is dat de afweging hoe hard er bij slecht weer nog gereden kan worden zonder een gevaar op de weg te vormen, door de normadressaat – de automobilist – zelf wordt gemaakt. Het artikel laat veel *keuzeruimte*. Een ander belangrijk aspect dat dit voorbeeld goed laat zien, is dat dit algemene gevaarzettingsverbod veel andere denkbare specifieke wettelijke regels *overbodig* maakt. Het bespaart het wettelijk voorschrift dat bij zware mist of sneeuwval een maximumsnelheid van 50 km per uur geldt en bij harde regen een maximumsnelheid van 70 km per uur. Bovendien is er geen aparte rechtsregel nodig die aangeeft dat bij grote drukte deze maximumsnelheden nog eens met een bepaald percentage moeten worden verminderd, etc. etc.

Een ander voorbeeld van beginselgeleide wetgeving biedt artikel 3.1, eerste lid, eerste volzin, Wet op de ruimtelijke ordening.

Artikel 3.1, eerste lid, eerste volzin, Wro luidt als volgt: 'De gemeenteraad stelt voor het gehele grondgebied van de gemeente een of meer bestemmingsplannen vast, waarbij ten behoeve van een *goede ruimtelijke ordening* de bestemming van de in het plan begrepen grond wordt aangewezen en met het oog op die bestemming *regels* worden gegeven' (curs. FvO).

78 Zie het vorige hoofdstuk, § 5, waar rechtsverfijning als een van de oorzaken van regeldruk is genoemd. Zie over rechtsverfijning: Paul Scholten 1974, p. 60 e.v.

79 Het voorbeeld wordt o.a. ook gebruikt door: R.H. Happé, *Belastingrecht en de geest van de wet. Een pleidooi voor een beginsel-benadering in de wetgeving* (afscheidsrede UvT), Tilburg: Tilburg University 2011, p. 40.

Dit voorschrift codificeert het beginsel van een goede ruimtelijke ordening. Dat het ook hier om een rechtsbeginsel gaat is aanstonds duidelijk: het belang van de goede ruimtelijke ordening moet zoveel mogelijk worden behartigd – met andere woorden: geoptimaliseerd – maar volledig kan dat niet, omdat dit belang op gespannen voet staat met andere nastrevenswaardige beginselen. Er zal dus een bepaald gewicht aan moeten worden toegekend. Het voorschrift brengt tot uitdrukking dat de gemeenteraad met het oog daarop een bestemmingsplan moet vaststellen. Deze bepaling doet echter nog meer. Zij maakt zelf een onderscheid tussen rechtsbeginselen en rechtsregels. Zij schrijft immers ook voor dat bij het bestemmingsplan *regels* worden gegeven. Deze regels betreffen in elk geval regels omtrent het gebruik van de grond en van de zich daarop bevindende bouwwerken. De bij het bestemmingsplan opgenomen regels zijn echte rechtsregels in de hierboven vermelde zin. De normadressaat – de gemeenteraad – heeft de *keuzeruimte* bepaalde regels voor te schrijven, maar hij moet dat doen met het oog op een bepaald voorgeschreven *doel*, een goede ruimtelijke ordening. Het voorbeeld illustreert dan ook dat zelfs binnen één wettelijke bepaling er een specifieke verhouding kan zijn tussen rechtsbeginsel en rechtsregel, die in dit geval helder door de wetgever tot uitdrukking is gebracht.

Een wezenlijk verschil tussen de twee gegeven voorbeelden is dat artikel 5 Wegenverkeerswet 1994 tot een ieder is gericht, terwijl artikel 3.1 Wro tot de gemeenteraad is gericht. Met andere woorden: de normadressaat is verschillend. Beide artikelen hebben evenwel een beginselgeleid karakter.

Het zal niet verwonderen dat in de literatuur het gebruik van meer beginselgeleide wetgeving wordt bepleit teneinde de productie van wetgeving te reduceren.⁸⁰

Een fraai voorbeeld biedt het belastingrecht. Een bekend probleem op dit terrein is dat de wetgeving regelmatig ontweken wordt. De reactie van de wetgever daarop vertoont vrijwel steevast hetzelfde patroon: er worden nieuwe wettelijke regels vastgesteld die beogen het gat te repareren. Dat mechanisme werkt echter niet goed. Er ontstaan steeds nieuwe belastingontwijkende constructies, die met succes worden benut; waarop de wetgever weer met nieuwe regels komt. Het gevolg van dit alles is bovendien dat de belastingwetgeving steeds complexer wordt. Als oplossing wordt voorgesteld in de belastingwetgeving overkoepelende beginselbepalingen op te nemen, waardoor het misbruik effectiever zal kunnen worden aangepakt.⁸¹ Aan de hand van het opgenomen rechtsbeginsel kan worden beoordeeld of de belastingconstructie wel of niet binnen de geest of strekking van de wet valt. Steeds weer nieuwe aanvullende regels zijn dan niet meer nodig. Volstaan kan worden met een combinatie van wettelijke regels en rechtsbeginselen. Dat is voor het belastingrecht een nieuwe en principiële andere benadering.

In het buitenland wordt op fiscaal terrein deze aanpak al gevolgd, bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk en in Australië. De gedetailleerde wettelijke regels zijn daar aangevuld met wettelijk vastgelegde rechtsbeginselen.⁸²

80 Vgl. ook het WRR-rapport, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, (rapport nr. 63), Den Haag 2002, p. 244.

81 Happé 2011 (passim).

82 Happé 2011, p. 43.

Een tegen beginselgeleide wetgeving aangevoerd bezwaar is dat het tot *rechts-onzekerheid* leidt. Op zichzelf is dat begrijpelijk: onzekerheid is de keerzijde van de geboden keuzeruimte. Op voorhand is niet steeds duidelijk wanneer de gestelde wettelijke normen worden overschreden: hoe dicht moet de mist zijn voordat 70 km per uur te snel is? Het aardige van het hiervoor gegeven belastingvoorbeeld is dat het laat zien dat het aan de context en de omstandigheden ligt of het gebruik van dit soort wetgeving inderdaad tot rechtsonzekerheid leidt. In dat voorbeeld verschaft een overkoepelend rechtsbeginsel de fiscale adviseur niet minder, maar méér rechtszekerheid: het is de geest van de wet die bepalend is om de toelaatbaarheid van de belastingontwijking te beoordelen. Met behulp van het in de wet vastgelegde rechtsbeginsel kan de fiscale specialist het 'regelgat' in de belastingwetgeving niet alleen voorzien maar ook dichten.⁸³ Het rechtsbeginsel fungeert hier als *vangnet* en daardoor neemt de rechtszekerheid toe. Dat is een functie die de nu te bespreken zorgplichten eveneens kunnen vervullen.

5.4.3 Zorgplichten

Een zorgplicht wordt in het wetgevingsbeleid omschreven als een gedragsnorm:

- die zich niet uitsluitend tot de overheid richt;
- die verplicht tot het betrachten van zorg voor een bepaald, door de wetgever geformuleerd belang;
- die zodanig algemeen geformuleerd is dat de normadressaat meerdere, zelf te kiezen, rechtmatige gedragsalternatieven open staan; en
- waarvan het de bedoeling is deze langs publiekrechtelijke weg te handhaven.⁸⁴

Kenmerkend voor een zorgplicht in deze zin is dat hij een in bestuursrechtelijke wetgeving opgenomen gedragsnorm inhoudt die de normadressaat (keuze)ruimte laat.

Buiten het wetgevingsbeleid wordt de term 'zorgplicht' ook wel in een ruimere betekenis gebruikt: een zorgplicht is een gedragsnorm op grond waarvan de betrokkenen de zorg voor een bepaald door de wetgever of de rechter geformuleerd belang in acht moeten nemen.⁸⁵ De burgerlijke rechter creëert eveneens bepaalde zorgplichten, maar die vallen – uiteraard – buiten het wetgevingsbeleid.

Veelal is de zorgplicht gericht tot 'een ieder die...', of de 'uitvoerder die...' Kortom zij is primair gericht tot burgers, bedrijven en instellingen en niet zozeer tot bestuursorganen die publiekrechtelijke beslissingen nemen. Zij zijn dus van heel andere aard dan de regels in bestuursrechtelijke wetgeving die doorgaans primair betrekking hebben op de beslissings- en handelingsruimte van bestuursorganen. Een zorgplicht is geen bevoegdheidstoekennend voorschrift, maar een (algemeen) normstellend

83 Happé 2011, p. 45, 46.

84 Rapport *Ruimte voor zorgplichten*, Den Haag 2004, p. 6 (*Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 14).

85 Zie over zorgplichten in het algemeen: F.J. van Ommeren, 'Zorgplichten: wat zijn dat? Een poging tot overbrugging van twee werelden', in: C.E.C. Jansen e.a. (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 23 e.v.

voorschrift voor de burger. Kort gezegd is zij een (open) gedragsnorm en geen bevoegdheidsnorm.⁸⁶

Zorgplichten vormen een geschikt wetgevingsinstrument om een bepaalde verantwoordelijkheidsverdeling tussen de overheid enerzijds en de bedrijven, instellingen en burgers anderzijds te realiseren. Kenmerkend voor een zorgplicht is immers dat het de normadressaat de nodige keuzeruimte laat. De normadressaat krijgt een groot deel van de verantwoordelijkheden toebedeeld, terwijl het ook denkbaar was dat die bij bepaalde overheidsinstellingen zou worden neergelegd. Die overheidsinstelling zou daarvoor uiteraard wel de benodigde taken en bevoegdheden moeten krijgen, maar dit alles is bij een zorgplichtbepaling dus niet aan de orde.

Een voorbeeld van een zorgplichtbepaling biedt de Kwaliteitswet zorginstellingen. Artikel 2 luidt:

Artikel 2 Kwaliteitswet zorginstellingen

'De zorgaanbieder biedt verantwoorde zorg aan. Onder verantwoorde zorg wordt verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patiënt.'

Dit voorschrift is het alternatief voor honderden zeer gedetailleerde regels die inmiddels zijn afgeschaft, zoals de regel dat de afstand tussen de bedden in een zorginstelling minstens 80 cm moet zijn. Deze wet geeft de mogelijkheid de zorgplicht met behulp van wettelijke regels nader in te vullen, maar van die mogelijkheid is geen gebruik gemaakt.

Deze zorgplicht beoogt een wijziging in de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en zorginstelling teweeg te brengen. Waar het in het verleden de overheid als wet- en regelgever was die voor veel zaken op dit terrein de verantwoordelijkheid nam, is deze onder de huidige wetgeving veel meer bij de zorginstelling gelegd.

Zorgplichten kunnen verschillende functies vervullen. Zij hangen alle samen met de gewijzigde verantwoordelijkheidsverdeling. Als eerste functie is de *deregulerings*-functie te noemen: zorgplichten kunnen in de plaats komen van allerlei (mogelijk) gedetailleerde regels. Het gebruik van zorgplichten leidt tot vermindering van het aantal wettelijke regels.

Een tweede functie is die van wettelijk *vangnet* voor onvoorziene omstandigheden. Goed wetgeverschap vereist vooruit kijken. De toekomst voorspellen is echter erg moeilijk. De wetgever kan dan ook gemakkelijk iets over het hoofd zien. Om voor onvoorziene omstandigheden toch een wettelijke voorziening te hebben is een zorgplichtbepaling vaak heel geschikt. Voor de zaken waarin de wettelijke detailregels niet blijken te hebben voorzien, vormt de zorgplicht het wettelijke sluitstuk.

De Wet milieubeheer bevat zorgplichten van het vangnettype (bijvoorbeeld art. 1.1a).

⁸⁶ Verhelderend over het verschil tussen dit soort normen is met name: A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht. Algemeen deel*, 5^e druk, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 72-74.

Hier zijn dus twee functies te onderscheiden: de dereguleringsfunctie en de vangnetfunctie.⁸⁷ In de literatuur worden nog wel meer functies onderscheiden, maar, naar ik meen, kan met deze twee worden volstaan. Veel van de genoemde functies worden ook door andere soorten wettelijke regels vervuld, daarin onderscheiden zij zich niet van zorgplichten.

De CTW onderscheidde maar liefst vijf functies van zorgplichten: de paraplu-functie, de vangnetfunctie, de signaleringsfunctie, de derogerende functie en de preventieve werking.⁸⁸ Met de paraplu-functie wordt erop bedoeld dat zorgplichtbepalingen zouden kunnen dienen om de eigen verantwoordelijkheid van de burger voor het door de desbetreffende wetgeving te beschermen belang wettelijk vast te leggen; in het systeem van de wet pleegt een dergelijke bepaling voorop te staan en gevolgd te worden door een meer concrete (partiële) uitwerking van deze verantwoordelijkheid. Men duidt deze bepaling daarom wel aan als 'paraplu-bepaling', aldus de CTW. Met de preventieve werking wordt erop bedoeld dat als gevolg van het feit dat een zorgplichtbepaling op verschillende wijzen juridisch *handhaafbaar* is, van het wettelijk vastleggen van de *eigen verantwoordelijkheid* een belangrijke preventieve werking uitgaat. Met een zorgplichtbepaling in de wetgeving wordt immers duidelijk, dat diegene die onzorgvuldig te werk gaat en die handelingen verricht die het door de wetgeving te beschermen belang aantasten daarvoor juridisch verantwoordelijk kan worden gesteld, aldus wederom de CTW.

Het is kabinetsbeleid het gebruik van zorgplichtbepalingen in wetgeving, daar waar mogelijk, te promoten.⁸⁹

In het kader van het programma Bruikbare rechtsorde zijn verschillende sectoren doorgelicht teneinde te bezien in hoeverre daar van zorgplichten gebruik kan worden gemaakt. Het betrof met name zorgplichten in het primair onderwijs en in de milieuwetgeving.⁹⁰

Een lastig te beantwoorden vraag is wanneer het wenselijk is om een zorgplichtbepaling in de wet op te nemen. Ter beantwoording van deze vraag is een aantal *indicatoren* ontwikkeld.⁹¹

Het gebruik van zorgplichtbepalingen ligt in de rede:

- indien de overheid de burger ruimte wil laten voor gedragalternatieven en directe sturing van gedrag niet noodzakelijk vindt;
- indien Europese en/of internationale regelgeving niet gedetailleerd is zodat ruimte bestaat voor het gebruik van zorgplichtbepalingen;

87 R.A.J. van Gestel, 'Alternatieven voor en in wetgeving', in: P. Popelier & J. Van Nieuwenhove (red.), *Wie maakt de wet?*, Brugge: Die Keure 2006, p. 298, onderscheidt eveneens twee functies: zorgplichten die minimumvoorschriften bevatten die in *aanvulling* op andere regels hebben te gelden en zorgplichten die aspiratieve normen bevatten die wettelijke normen beogen te vervangen.

88 Advies van de Commissie voor de Toetsing van wetgevingsprojecten inzake zorgplichtbepalingen (CTW 90/6), waarover ook het genoemde rapport, *Ruimte voor zorgplichten*, p. 20-21 en p. 77-78.

89 Zie in het bijzonder de nota *Bruikbare rechtsorde*, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 19 e.v. en ook de nota *Vertrouwen in wetgeving*, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 731, nr. 1, p. 5.

90 *Zorgplichten in milieuwetgeving* (Bruikbare rechtsorde rapport nr. 14, 2005) *Kamerstukken II* 2005/06, 29 383, nr. 51 en *Zorgplichten primair onderwijs* (Bruikbare rechtsorde rapport nr. 17, 2006) *Kamerstukken II* 2005/06, 27 728, nr. 85.

91 Rapport *Ruimte voor zorgplichten*, p. 59.

- naarmate de invloed van de techniek op de regelgeving van een bepaald recht groter is (waardoor gedetailleerde regels steeds aan de stand van de techniek zouden moeten worden aangepast);
- indien er een zekere maatschappelijke overeenstemming is over het gewenste gedrag en indien de doelgroep de maatschappelijke opvatting onderkent of begrijpt;
- indien de zorgplichtbepaling betrekking heeft op de kernactiviteiten van de normadressaat;⁹²
- naarmate de doelgroep homogener is.

Bijzondere aandacht verdient de *handhaving* van zorgplichten. De, mijns inziens goed verdedigbare, opvatting dat zorgplichten vanwege hun open, vage karakter strafrechtelijk of bestuursrechtelijk niet goed te handhaven zijn – de betrokkene weet immers van te voren onvoldoende precies welk handelen wel of niet geoorloofd is –⁹³ wordt door de rechter niet gedeeld. De Hoge Raad heeft uitdrukkelijk uitgesproken dat strafrechtelijke handhaving van een zorgplicht is toegestaan.⁹⁴ Na enig aarzelen acht ook de bestuursrechter zorgplichten in beginsel handhaafbaar langs bestuursrechtelijke weg.⁹⁵ Zonder daarop speciaal toegesneden wettelijke voorziening is privaatrechtelijke handhaving door de overheid in de regel niet mogelijk. Dit komt doordat de twee-wegenleerjurisprudentie van de burgerlijke rechter daaraan in de weg staat.⁹⁶ Uiteraard is dit anders indien de wetgever uitdrukkelijk de bevoegdheid tot privaatrechtelijke handhaving toekent.

Een voorbeeld van een wettelijke voorziening die privaatrechtelijke handhaving van een zorgplicht mogelijk maakt, biedt artikel 1.1a, derde lid, Wet milieubeheer.

Dat het in beginsel mogelijk is zorgplichten strafrechtelijk te handhaven, betekent wel dat reeds bij het concipiëren van de zorgplicht met de handhaafbaarheid rekening moet worden gehouden. In het bijzonder de strafrechtelijke handhaving van zorgplichten leidt tot veel vormgevingsvragen.⁹⁷ Deze hangen uiteraard samen met het open karakter van de norm. Zo rijst de vraag of schending van de norm een overtreding of een misdrijf is. Duidelijk moet ook zijn hoe ver de kring van de normadressaat strekt: is bijvoorbeeld de normadressaat alleen de eigenaar of leidinggevende van het bedrijf, dan kan de aannemer of leverancier niet worden vervolgd.

Een zorgplicht is zo open van aard dat deze in de praktijk vraagt om *concretisering* aan de hand van nadere regels of normen. Die concretiserende regels hoeven niet van de overheid afkomstig te zijn, maar dat kan wel. Sommige wetten waarin zorgplichtbepalingen zijn opgenomen, bieden tevens de grondslag voor amvb's, waarin de zorgplicht nader kan worden geconcretiseerd.

92 Deze eis houdt verband met de benodigde bekendheid met de zorgplicht bij de normadressaat.

93 F.J. van Ommersen, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 144-145.

94 HR 26 oktober 1993, NJ 1994, 99.

95 ABRvS 5 juli 1994, AB 1994, 636, m.nt. FM.

96 HR 22 oktober 1993, AB 1994, 1, m.nt. G.A. van der Veen (*Staat/Magnus*) en HR 7 november 2003, AB 2004, 41, m.nt. GAvdV (*Wateringen/GIK*).

97 Aldus het rapport *Ruimte voor zorgplichten*, p. 54.

De Kwaliteitswet zorginstellingen biedt de mogelijkheid de zorgplicht met behulp van amvb's nader te concretiseren. De zorgplicht is opgenomen in artikel 2 en wordt ten dele uitgewerkt in artikel 3 en 4. Met betrekking tot de uitvoering van deze artikelen kunnen *bij amvb nadere regels worden gesteld* (aldus art. 6).

Een ander voorbeeld biedt artikel 13 Wet bodembescherming. Deze zorgplicht heeft betrekking op allerlei soorten (vervuilende) handelingen die in eerdere artikelen van de Wet bodembescherming (art. 6-11) zijn genoemd. Een aantal daarvan kan bij amvb worden uitgewerkt.

Zorgplichtbepalingen kunnen goed met *buitenwettelijke* instrumenten worden aangevuld. Te denken valt aan convenanten, aan uitwerking van de zorgplichtnorm in een milieubedrijfsplan of in een (privaat) handboek of aan protocollen.

Ten slotte is van belang om in het oog te houden dat de figuur van de zorgplichten niet principieel verschilt van die van de *beginselgeleide wetgeving*, die hiervoor aan de orde kwam. Beide betreffen immers in wetgeving vastgelegde open normen die de normadressaat de nodige keuzeruimte laat; zowel zorgplichten als beginselgeleide wetgeving zijn doel- of waardegericht. Mijns inziens is het wetgevingsbeleid over zorgplichten het best te beschouwen als een *nadere uitwerking* van de beginselgeleide benadering. Die nadere uitwerking heeft vooral toegevoegde waarde in de (betrekkelijk uitzonderlijke) gevallen dat gedragsnormen in bestuurswetgeving zijn opgenomen.

De verschillen tussen beginselgeleide wetgeving en het opnemen van zorgplichten in wetgeving berusten naar mijn indruk vooral op een verschil in (*rechts*)cultuur. In sommige kringen is het gebruikelijker te spreken over de beginselbenadering of de '*principles-based*'-benadering (vooral in de meer algemene en internationale literatuur),⁹⁸ in andere staat de zorgplichtbenadering voorop (bijvoorbeeld in verschillende wetgevingsbeleidnota's).⁹⁹ Wat wel in het oog springt, is dat de benaderingen ten dele andere vragen oproepen. Dat komt doordat de beginselbenadering zwaar steunt op het onderscheid tussen rechtsbeginselen en rechtsregels, terwijl in de zorgplichtbenadering nog sterker de mogelijke gedragsalternatieven worden benadrukt.

5.4.4 Doelvoorschriften in plaats van middelvoorschriften

Een andere techniek om de regeldruk te verminderen is het gebruik van doelvoorschriften in plaats van middelvoorschriften. Doelvoorschriften normeren het eindresultaat dat moet worden behaald, maar zwijgen over de manier waarop dat moet worden bewerkstelligd.

Ook door middel van deze techniek vindt een verschuiving plaats in de verantwoordelijkheidsverdeling. Het is immers aan burger, bedrijf of instelling zelf te bepalen op welke wijze de zaken worden aangepakt. Aan de overheid is daarvoor geen verantwoordelijkheid toebedeeld; zij ziet toe op het al dan niet behalen van het voorgeschreven doeleinde.

98 J. Black, 'The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation', in: K. Alexander & N. Moloney (red.), *Law Reform and Financial Markets*, Cheltenham: Edward Elgar 2011, p. 3 e.v. en J. Braithwaite, *Markets in Vice, Markets in Virtue*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 144 e.v.

99 Zoals *Bruikbare rechtsorde* (Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 19-20) en *Vertrouwen in wetgeving* (Kamerstukken II 2008/09, 31 731, nr. 1, p. 5).

Het is staand kabinetsbeleid middelvoorschriften te vervangen door doelvoorschriften. Ook hier gaat het niet alleen om nieuwe wetgeving maar wordt ook bestaande wetgeving hierop doorgelicht.

In de nota 'Bruikbare rechtsorde' wordt het vervangen van doelvoorschriften door middelvoorschriften aangeduid als een van de 'regelgevingsmodellen'. Dit model wordt daar omschreven als een wettelijk voorschrift dat bepaalt dat een bepaald productieproces of andere bedrijfsmatige activiteit ten minste een nader omschreven rendement of niet minder dan een nader omschreven mate van hinder oplevert en voorts op welke wijze dat rendement of de mate van hinder wordt gemeten en hoe daarover wordt gerapporteerd; de inrichting van het desbetreffende bedrijfsproces wordt niet gereguleerd.¹⁰⁰

Een beleidsterrein waarop relatief veel doelvoorschriften voorkomen, is het milieurecht.¹⁰¹ Vanwege de voorkeur voor doelvoorschriften is in het kader van het MDW-programma en zijn voorlopers de milieuwetgeving daarop reeds gezien.¹⁰²

Het verschil tussen zorgplichtbepalingen en doelvoorschriften is enigszins gradueel van aard.¹⁰³ Zowel zorgplichten als doelvoorschriften zijn doelgericht. Toch is er mijns inziens wel een relevant verschil aan te wijzen. Zorgplichten zijn (slechts) gericht op de realisatie van een bepaald *belang*, terwijl de hier bedoelde doelvoorschriften op een concreet *resultaat* zijn gericht. Dit brengt met zich dat zorgplichtbepalingen vaag van aard zijn, terwijl de doelvoorschriften scherp zijn geformuleerd. De doelvoorschriften hebben daardoor meer dan eens een nogal technisch karakter.

In het rapport 'Ruimte voor zorgplichten' wordt opgemerkt dat zorgplichten op doelvoorschriften lijken.¹⁰⁴ Het lijkt mij preciezer te zeggen dat zorgplichten eigenlijk een specifiek soort doelvoorschriften zijn. Beide zijn immers doelgericht van aard. Verschil is evenwel, zoals gezegd, dat zorgplichten niet op een concreet resultaat maar op een concreet belang gericht zijn.

5.4.5 Algemene wettelijke regels versus vergunningen

Een volgende manier om de regeldruk te verminderen heeft betrekking op de keuze van de wetgever tussen het gebruik van algemene regels die rechtstreeks op de normadressaat van toepassing zijn of het gebruik van vergunningenstelsels. Deze keuze is buitengewoon belangrijk. Bij de keuze voor algemene regels wordt de beslissingsruimte rechtstreeks bij de burger (preciezer: de normadressaat) gelegd. Bij hem ligt de primaire verantwoordelijkheid. Hij beoordeelt zélf of in een bepaald geval een handeling wel of niet is toegestaan en aan welke voorwaarden daarvoor moet worden voldaan. Kiest de wetgever daarentegen voor een vergunningenstelsel, dan wordt de beslissingsruimte rechtstreeks bij het bevoegde bestuursorgaan gelegd. Het

100 Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 23-24.

101 Waarover P. Houweling, *Van vergunning naar algemene regel. Een onderzoek naar de vergunningvervangende amvb's op het terrein van het milieurecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 84 e.v.

102 Bijvoorbeeld het rapport van de MDW-werkgroep *Inrichtingen- en vergunningenbesluit milieu-beheer* (Kamerstukken II 1994/95, 24 036, nr. 6).

103 De literatuur is niet eenstemmig. Zie voor een overzicht van de literatuur het V&W-rapport *Doelgericht wetgeven. Doelvoorschriften in literatuur en praktijk*, Den Haag 2009, p. 11-14.

104 *Ruimte voor zorgplichten*, p. 57.

bestuursorgaan beslist of de gewenste handeling van burger is toegestaan en onder welke voorwaarden iets mag, hetgeen blijkt uit de inhoud van de vergunning.

Niet alleen uit een oogpunt van verantwoordelijkheidsverdeling maar ook uit economisch oogpunt wordt een voorkeur uitgesproken voor algemene regels boven vergunningen. Het aanvragen van vergunningen en de gehele verleningsprocedure die daarbij hoort – met inbegrip van de rechtsbeschermingsmogelijkheden, in het bijzonder ook van derden-belanghebbenden – is immers voor de aanvrager een tamelijk inspannende, tijdrovende en kostbare aangelegenheid. Ter relativering zij wel opgemerkt dat ook van de toepasselijkheid van algemene regels voor de betrokkene een zekere druk uitgaat: deze moet immers wel van de regels kennis nemen. Dat is beslist geen sinecure, want hoe kan er gemakkelijk achter worden gekomen welke regels van toepassing zijn, wanneer er niet een rechtstreekse ingang bij het openbaar bestuur voorhanden is, zoals bij een vergunningenstelsel stevast het geval is? Verder moeten de vigerende regels ook nog in acht worden genomen. In de praktijk blijkt dan ook dat de algemene regels nogal eens over het hoofd worden gezien, zeker vergeleken met de in de vergunning opgenomen regels die op de betrokkenen zijn toegesneden.¹⁰⁵ Het niet in acht nemen van de toepasselijke algemene regels verlaagt uiteraard in eerste instantie de regeldruk met grote mate, maar het behoeft geen betoog dat zulks volstrekt onwenselijk is, nog afgezien van de problemen die daar uit voort kunnen komen, niet alleen voor de direct betrokkenen.

De keuze voor normering met behulp van algemene wettelijke regels of met behulp van een vergunningenstelsel is, naast de meer ideologische benaderingen van verantwoordelijkheidsverdeling en economische groei, van een groot aantal verschillende factoren afhankelijk. Zo dient in een concreet geval te worden gelet op de rechtsgelijkheid, de rechtszekerheid, de handhaafbaarheid, de invloed van de burger, de mate waarin het wettelijk beoogde doel wordt bereikt, de rechtsbescherming etc.¹⁰⁶ Op al deze punten kunnen er verschillen zijn tussen het ene en het andere systeem. De uitkomst van de weging kan dan ook van geval tot geval verschillen.

Er is een praktische handleiding met beslisschema's opgesteld voor de keuze tussen vergunningen en algemene regels ten behoeve van de wetgeving op het terrein van verkeer en waterstaat.¹⁰⁷ De beslisschema's zijn ook toe te passen op de wetgeving van andere sectoren.

Dit neemt niet weg dat de hoofdlijn van het wetgevingsbeleid is dat, waar mogelijk, een algemene wettelijke regel de voorkeur verdient boven een vergunningenstelsel.¹⁰⁸ Uit onderzoek naar de vergunningvervangende amvb's op het terrein van het milieurecht blijkt dat deze amvb's in vergelijking met de vergunning het wettelijk doel (de grootst mogelijke bescherming van het milieu) in mindere mate kunnen bereiken, zij het tegen lagere kosten dan bij de vergunning.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Houweling 2006, p. 239 e.v.

¹⁰⁶ Houweling 2006 maakt in haar dissertatie een uitvoerige vergelijking en beoordeling aan de hand van deze ijkpunten.

¹⁰⁷ P. Houweling, *Handleiding bij de keuze tussen vergunningenstelsels en algemene regels in verkeer- en waterstaatswetgeving*, Den Haag: Ministerie van Verkeer en Waterstaat 2007.

¹⁰⁸ Mei-brief: *Kamerstukken II* 2005/06, 29 515, nr. 140 (Kabinetsplan aanpak administratieve lasten).

¹⁰⁹ Houweling 2006, p. 426.

Het is de laatste jaren bovendien staand wetgevingsbeleid om, waar mogelijk, vergunningenstelsels te *vervangen* door algemene wettelijke regels en ook op andere manieren vergunningenstelsels te vereenvoudigen en in aantal te verminderen.¹¹⁰ Hier wordt beleidsmatig gezien een stap verder gegaan: niet alleen bij nieuwe wetgeving verdient volgens het kabinet in beginsel een algemene regel de voorkeur boven een vergunningenstelsel, ook *bestaande* wetgeving wordt doorgelicht met het oogmerk waar mogelijk vergunningenstelsels te vervangen door algemene wettelijke regels dan wel op een andere manier de regeldruk die vergunningen veroorzaken te verminderen. Dit beleid betreft zowel rijkswetgeving als wetgeving van decentrale overheden.

De doorlichting van bestaande wetgeving met het oogmerk vergunningen en vergunningenstelsels te vervangen vond en vindt in het bijzonder plaats in het kader van het project Vermindering vergunningen en zijn opvolgers. Deze en andere doorlichtingsprojecten kwamen reeds aan de orde in § 5.1.

In het kader van deze doorlichting zijn allerlei vergunningen(stelsels) geschrapt, onder meer door ze te vervangen door algemene regels.

Bijvoorbeeld in het kader van het Mijnbouwbesluit is een aantal vereiste toestemmingen van de Minister van Economische Zaken – zoals de instemming voor een meetplan bodembeweging en de goedkeuring voor ingebruikname pijpleiding mijnbouwwerk – omgezet in algemene regels. Hiermee vervielen vier vergunningenstelsels.¹¹¹ Een ander voorbeeld biedt de zogeheten 'nieuwe generatie' artikel 8.40 Wm-amvb's waarmee is bereikt dat 80% van de Wm-inrichtingen onder de werking van de vergunningvervangende regels vallen en dus geen milieuvergunning (in recente terminologie: omgevingsvergunning voor het milieu) nodig hebben.¹¹² In de Model-APV is onder andere de ventvergunning afgeschaft en vervangen door een stelsel van algemene regels (de toelichting biedt echter als alternatief een tekst voor een vergunningenstelsel).¹¹³

5.4.6 Informatieverstrekking en meldingen

De bovengemaakte tweedeling tussen algemene regels en vergunningen is hier enigszins archetypisch voorgesteld, want er zijn allerlei mogelijkheden om de scherpe kantjes van beide af te halen. Zo is het denkbaar dat bij een systeem met algemene regels de burger aan het bevoegd gezag om *informatie* vraagt, te weten een uitleg van de regels toegepast op zijn (voorgenomen) geval, zodat hij inzicht krijgt in de precieze rechtsgevolgen die die regel voor hem teweegbrengt. Belangrijke vragen, ook voor de wetgever, zijn: hoe de *reactie* daarop van het bevoegde bestuursorgaan rechtens dient te worden gekwalificeerd, in welke mate de burger op deze reactie moet kunnen bouwen, of er rechtsbescherming tegen openstaat, etc.

Nog wat verder gaat dat de wet niet een vergunning vereist, maar wel voorschrijft dat de burger de voorgenomen handeling meldt bij het bevoegde bestuursorgaan. Een dergelijke *melding* zit wat betreft het veroorzaken van regeldruk als het

¹¹⁰ Zie § 5.1. Zie ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 818 e.v.

¹¹¹ Ontleend aan: *Kamerstukken II* 2006/07, 29 515, nr. 156, p. 3 (Implementatiebrief Economische Zaken).

¹¹² Houweling 2006, p. 36.

¹¹³ Waarover: S.E. Zijlstra, 'De APV gedereguleerd?', *NTB* 2008, p. 20-21.

ware tussen de 'kale' algemene rechtsregel en de vergunning in. Door een melding wordt het bestuursorgaan wel geïnformeerd over het voorgenomen handelen, maar wordt er in beginsel formeel geen toestemming voor gevraagd. De melding heeft vooral een controle- en signaleringsfunctie, die gebruikt kan worden in een latere fase: de handhaving. Mocht het bestuursorgaan immers het standpunt huldigen dat het (voorgenomen) handelen in strijd is met de wettelijke regels dan kan het hiertegen handhavend optreden. De belasting voor de burger is minder dan het aanvragen van een vergunning, een reactie van het bestuur behoeft niet te worden afgewacht. Ook voor het bestuur geldt de melding als minder belastend; er hoeft immers op grond daarvan geen (uitdrukkelijke) beslissing te worden genomen.

Het is de vraag hoe de (eventuele) reactie van het bestuursorgaan op de melding moet worden geduid. De reactie is niet meer dan een informatieve mededeling van het bestuursorgaan. In beginsel is een dergelijke reactie geen besluit in de zin van de Awb en staat er dus ook geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen open.

Iets juridisch-technisch gezegd: de reactie van het bestuur is niet gericht op rechtsgevolg, derhalve is zij geen rechtshandeling en dus geen besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. Dit ligt echter anders als de wettelijke regeling waarop de melding is gebaseerd bepaalde rechtsgevolgen aan de bestuurlijke reactie op de melding toekent: dan kan er wel sprake zijn van een rechtshandeling en dus van een besluit in de zin van de Awb.

In de praktijk wordt bij het vervangen van vergunningen en vergunningenstelsels de figuur van de algemene regel nogal eens *gecombineerd* met het instrument van een meldingsplicht.

Zo is bijvoorbeeld het stelsel van vereiste vergunningen voor pleziervaart en radiozendamateurs omgezet in een systeem van algemene regels met een meldingsplicht.¹¹⁴ In de Model-APV is de vergunning voor het plaatsen van voorwerpen op of aan openbaar water omgezet in een systeem van algemene regels met een meldingsplicht.

5.4.7 *Lex silencio positivo*

Ten slotte moet hier de figuur van de *Lex silencio positivo* worden genoemd. De *Lex silencio positivo* wordt beschouwd als een regeldruk verminderend en ruimtelatend instrument. Het krijgt sinds enige jaren relatief veel aandacht in het wetgevingsbeleid. De vraag is wanneer dit instrument wel of niet in een wet moet worden opgenomen.

Oogmerk van de *Lex silencio positivo* is het bestuur te dwingen zich aan de wettelijke beslistermijn te houden die geldt voor het geven van beschikkingen, zoals voor het verlenen van vergunningen, ontheffingen e.d. Het instrument oogt in de kern vrij eenvoudig: wanneer het bestuursorgaan niet tijdig beslist op een verzoek om een beschikking te nemen, dan schrijft de wet voor dat na het verstrijken van de beslistermijn de beschikking van rechtswege is gegeven.

¹¹⁴ Voorbeeld ontleend aan: *Kamerstukken II* 2006/07, 29 515, nr. 156, p. 3 (Implementatiebrief Economische Zaken).

Een voorbeeld van een voorschrift waarin de Lex silencio positivo is opgenomen, biedt artikel 44, eerste lid, Mededingingswet: 'De raad geeft zijn beschikking op aanvraag binnen dertien weken na ontvangst van die aanvraag. Het niet binnen dertien weken geven van een beschikking wordt gelijkgesteld met het verlenen van een vergunning.'

Hoewel het spraakgebruik ruimhartiger is, is een Lex silencio positivo strikt genomen een *wet* (lex) die het instrument van de zogeheten positieve fictieve beschikking invoert.

In het Nederlandse bestuursrecht is al lange tijd de uitdrukking 'positieve fictieve beschikking' ingeburgerd. Sinds het adviesrapport van de Taskforce Vereenvoudiging Vergunningen (Commissie Kraaijeveld) uit 2005, getiteld 'Eenvoudig vergunnen',¹¹⁵ is evenwel de aan het Spaanse recht ontleende uitdrukking 'Lex silencio positivo' in de mode geraakt.

Een reële beschikking is een beschikking die daadwerkelijk door het bestuursorgaan is gegeven. Een beschikking heet daarentegen *fictief* wanneer het bestuursorgaan geen beschikking verleent, maar de wet op de een of andere manier tot uitdrukking brengt dat de gevraagde beschikking van rechtswege is gegeven dan wel van rechtswege is geweigerd. Wanneer de gevraagde beschikking van rechtswege is gegeven, is het een *positieve* beschikking (silencio positivo), wanneer de beschikking van rechtswege is geweigerd, is het een negatieve beschikking (silencio negativo).

De wetgever kan in beginsel kiezen uit twee soorten fictieve beschikkingen: de positieve en de negatieve. De negatieve fictieve beschikking – met andere woorden: de *fictieve weigering* – komt sinds enige jaren in onze wetgeving vrijwel niet meer voor. Vanuit wetgevingsperspectief is het evenwel verstandig de mogelijkheid van de keuze voor dit instrument niet geheel uit het oog te verliezen.

In hoeverre heeft de wetgever nu de ruimte voor invoering van de Lex silencio positivo te kiezen? De Awb kent een eigen regeling voor de Lex silencio positivo (§ 4.1.3.3). Het is een regeling van facultatief recht.¹¹⁶ De Awb-regeling is alleen van toepassing wanneer dit bij wettelijk voorschrift is bepaald. De wetgever heeft echter niet volledig de vrije hand bij het wel of niet kiezen voor het instrument van de Lex silencio positivo. Op grond van de *Dienstenrichtlijn* (art. 13 lid 4) is de Lex silencio positivo in beginsel van toepassing op vergunningstelsels die onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn vallen. De Dienstenrichtlijn biedt echter de mogelijkheid van een uitzondering als daarvoor een dwingende reden van algemeen belang is. De richtlijn is op dit punt geïmplementeerd in artikel 28 Dienstenwet. Dit artikel brengt tot uitdrukking dat § 4.1.3.3 Awb van toepassing is op een aanvraag om een vergunning, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald. De benadering van de Dienstenwet wijkt daarmee af van die van de Awb. Artikel 28 Dienstenwet bevat geen facultatief recht maar regelend recht.

¹¹⁵ Bijlage bij *Kamerstukken II* 2004/05, 29 515, nr. 84.

¹¹⁶ Waarover § 3.4 van dit hoofdstuk.

De benadering van de Awb voor de Lex silencio positivo wordt aangeduid als de 'nee, tenzij benadering', de benadering van de Dienstenwet als de 'ja, tenzij benadering'. De verhouding tussen deze twee wettelijke regelingen met hun verschillende benaderingen is onnodig ingewikkeld. De van de Awb afwijkende benadering is overigens door een aanvaard amendement in de Dienstenwet gekomen.¹¹⁷

Het gebruik van de Lex silencio positivo heeft nogal wat voor- en nadelen. Het, al genoemde, voordeel is dat er voor het bestuur een sterke prikkel van uitgaat om binnen de voorgeschreven termijn te beslissen.¹¹⁸ De aanvrager weet snel waar hij aan toe is. Het *principiële* nadeel van de Lex silencio positivo is, dat, als eenmaal is vastgesteld dat een bepaalde activiteit verboden is behoudens vergunning – en een vergunningstelsel uit een oogpunt van algemeen belang echt noodzakelijk is – het moeilijk is te rijmen de Lex silencio positivo op dat vergunningstelsel van toepassing te laten zijn. Door de Lex silencio positivo wordt het kind met het badwater weggegooid: de kans is groot dat de fictieve vergunningverlening strijdig is met het algemene belang dat het vergunningstelsel beoogt te beschermen en met het oog waarop het bestuur dient af te wegen of in een bepaald geval een vergunning kan worden verleend.¹¹⁹ Het terzijdeschuiven van dit algemene belang kan tot onaanvaardbare maatschappelijke risico's leiden. Van vergunningstelsels die zich lenen voor invoering van de Lex silencio positivo, moet men zich terdege afvragen of (de invoering van) het vergunningstelsel zelf dan wel gerechtvaardigd is.

Daarnaast zijn er nogal wat *juridisch-technische* bezwaren, die vooral de derden-belanghebbenden raken.¹²⁰ De Awb-regeling beoogt voor een aantal van die bezwaren een oplossing te bieden. Dit heeft tot gevolg dat – wanneer de wetgever overweegt voor dit instrument te kiezen – deze juridisch-technische contra-indicaties relatief van minder gewicht zijn. Zo bevat § 4.1.3.3 Awb bekendmakingvereisten voor de positieve fictieve beschikking, een artikel dat het onder omstandigheden mogelijk maakt om voorschriften aan de fictieve beschikking te verbinden en de geclausuleerde mogelijkheid om de fictieve beschikking in te trekken of te wijzigen. Voorts staat er op grond van de Awb zowel voor de aanvrager als – en daar gaat het hier vooral om – voor derden-belanghebbenden bestuursrechtelijke rechtsbescherming open tegen de positieve fictieve beschikking.¹²¹

117 Zie over de totstandkoming van deze twee wettelijke voorzieningen m.n. M.J. Jacobs, 'Lsp in de Awb. De totstandkoming en regeling van de positieve fictieve beschikking bij niet tijdig beslissen in de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 627 e.v.

118 Overigens zijn er ook andere reacties mogelijk op het niet tijdig beslissen door bestuursorganen, zoals het verbeuren van een dwangsom, vgl. art. 4:17 e.v. Awb.

119 Met name de Raad van State heeft hierop in een zogeheten voorlichting gewezen, zie bijlage bij het kabinetsstandpunt inzake de Lex silencio, *Kamerstukken II* 2007/08, 29 515, nr. 224; W. 10.07.0117/III, p. 5.

120 Zie over deze bezwaren reeds: J.A.M. van Angeren, 'De fictieve weigering en de fictieve toestemming; sanctie of recht', in: *Recht op scherp* (Duk-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 395 e.v. Zie thans m.n. Jacobs 2010, p. 629.

121 Zie voor een bespreking van § 4.4.1.3. Awb o.a. Jacobs 2010, p. 640 e.v. en M.J. Schiebroek & B.W.N. de Waard, 'In alle talen zwijgen: de Lex silencio positivo', *JB plus* 2011, p. 94 e.v.

Buiten de door de Dienstenwet bestreken gevallen heeft de wetgever, zoals gezegd, op grond van de Awb de ruimte om voor het instrument van de Lex silencio positivo te kiezen. Daarbij dienen de genoemde voor- en nadelen goed in het oog te worden gehouden. Om dit op een consistente en coherente wijze te kunnen doen, is er beleid – meer precies: wetgevingsbeleid – nodig. Uitgangspunt van dit beleid is dat een vergunningstelsel niet de voorkeur verdient, maar dat beter van andere instrumenten – zoals algemene regels¹²² of een melding¹²³ – gebruik kan worden gemaakt. Als niettemin voor een vergunningstelsel wordt gekozen, dient daaraan de Lex silencio positivo te worden verbonden tenzij fictieve verlening uit een oogpunt van maatschappelijk risico onaanvaardbaar is dan wel dat juridisch-technische redenen een belemmering vormen om voor dit instrument te kiezen.¹²⁴

Om te bezien welke vergunningstelsels zich lenen voor invoering van de Lex silencio positivo heeft een *doorlichting* van rijksvergunningstelsels en autonome gemeentelijke vergunningstelsels plaatsgevonden.¹²⁵ Toen de resultaten tegenvielen – er bleken maar weinig vergunningstelsels in aanmerking te komen – heeft een heroverweging plaatsgevonden waarbij de criteria zijn verruimd:¹²⁶

- geen Lex silencio positivo als Europese regelgeving, internationale regelgeving en verdragen hieraan in de weg staan;
- geen Lex silencio positivo als voor een vergunningstelsel een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure op grond van de Awb moet worden gevolgd.

Via verschillende wetgevingstrajecten is hieraan uitvoering gegeven, zowel door middel van de aanpassingswetgeving voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn als – voor de meeste overige vergunningen – door middel van de 'Verzamelwet van rechtswege verleende vergunning'.¹²⁷

De Lex silencio positivo is als ruimtelatend instrument van tamelijk beperkte betekenis. Het fungeert veeleer als sluitstuk van het beleid in het geval dat andere instrumenten naar verwachting niet zullen werken. Primair oogmerk van dit instrument is, zoals gezegd, het bestuur te stimuleren zich aan de beslistermijn te houden. Wanneer het daarin succesvol is, wordt de beschikking tijdig verleend. De aanvrager weet dan waar hij aan toe is. Maar de beslissings- of handelingsruimte van de aanvrager is dan door dit instrument in het geheel niet gewijzigd, laat staan verruimd. Werkt de prikkel van de Lex silencio positivo echter niet of onvoldoende en houdt het bestuursorgaan zich niet aan de beslistermijn, dan wordt de positieve beschikking inderdaad van rechtswege verleend. Dat betekent echter slechts in

¹²² Zie § 5.4.5.

¹²³ Zie § 5.4.6.

¹²⁴ Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 29 515, nr. 224 (kabinetsstandpunt Lex silencio) en voor deze criteria vooral: *Kamerstukken II* 2008/09, 29 515, nr. 274, p. 1, 3.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 2008/09, 29 515, nr. 274 inclusief bijlagen. Zie voorts Schiebroek & De Waard 2011, p. 108-111.

¹²⁶ *Kamerstukken II* 2009/2010, 32 454, nr. 3, p. 2 (MvT Verzamelwet van rechtswege verleende vergunning).

¹²⁷ *Stb.* 2011, 575. Deze wet is op 1 januari 2012 in werking getreden (*Stb.* 2011, 627).

zoverre een verruiming van de ruimte van de aanvrager dat hij zonder dit instrument langer op de gevraagde beschikking had moeten wachten. Het valt dan ook goed te begrijpen dat uit een oogpunt van gelddruk vermindering aan andere instrumenten de voorkeur wordt gegeven.

5.5 Economische instrumenten

5.5.1 Inleiding: keuzeprikkels en marktordening

Economische instrumenten beogen marktwerking te stimuleren. Soms is die marktwerking er al van nature, omdat er schaarste is, maar, zoals gezegd, wordt marktwerking ook ingevoerd of versterkt op terreinen waar oorspronkelijk geen marktwerking was.

Een markt kan op verschillende manieren worden geordend. Bij de ordening van de markt dient rekening te worden gehouden met de aard van de marktimperfecties en de fysieke en technische kenmerken van de sector waarop de markt betrekking heeft. Het is tamelijk gangbaar om verschillende marktordeningsvormen te onderscheiden, al naar gelang de vorm van concurrentie die zich voordoet. Een inzichtelijke indeling is de volgende:

- concurrentie tussen marktsegmenten;
- concurrentie op de markt;
- concurrentie om de markt;
- maatstafconcurrentie en 'benchmarking'.

Een voorbeeld van concurrentie tussen marktsegmenten biedt de markt voor mobiele telefonie, waar verschillende aanbieders eigen netwerken hebben. Een voorbeeld van concurrentie op de markt biedt de taximarkt: er is slechts één netwerk, waarop onderling mag worden geconcentreerd. Een voorbeeld van concurrentie om de markt biedt het stads- en streekvervoer, waar het concurrentiemoment ligt bij de competitie om de verkrijging van de markt, maar waar een eenmaal toegelaten onderneming voor een bepaalde periode op haar deel monopolist is. Een voorbeeld van benchmarking – met andere woorden: 'kijk en vergelijk' – biedt de drinkwatersector.

Deze indeling is, met wat wijzigingen, ontleend aan de Nota 'Publieke belangen en marktordening. Liberalisering en privatisering in netwerksectoren'¹²⁸ Het model is primair geschreven ten behoeve van de marktordening van netwerksectoren, maar kan ook ruimer worden gebruikt. Het beoogt een afwegingskader te bieden voor de keuze van de meest geschikte marktordeningsvorm.¹²⁹

Zonder volledigheid te betrachten, worden hier enkele economische instrumenten besproken, die uitdrukkelijk deel uitmaken van het wetgevingsbeleid. Allereerst komen de schaarse vergunningen aan de orde (§ 5.5.2), in het verlengde daarvan

¹²⁸ Kamerstukken II 1999/00, 27 018, nr. 1, p. 16 e.v.

¹²⁹ Zie voor een kritische bespreking van deze nota: Wilkeshuis 2010, p. 143 e.v. Zij stelt – vanuit juridisch perspectief – een alternatief afwegingskader voor.

volgen de schaarse subsidies (§ 5.5.3), daarna de verhandelbare rechten (§ 5.5.4) en tot slot de concessies (§ 5.5.5). Opnieuw zal blijken dat de keuze voor het ene of het andere instrument mede een technische kwestie is.

Bij de keuze van de hier te bespreken economische instrumenten heb ik mij uiteraard mede laten leiden door datgene wat het staande wetgevingsbeleid thans te bieden heeft. Aan sommige instrumenten is in de loop der jaren nu eenmaal meer aandacht besteed dan aan andere. In het bijzonder de MDW-operatie heeft nogal wat beleid voortgebracht voor economische instrumenten, waarvoor de politiek-bestuurlijke belangstelling ook na het aflopen van deze operatie is blijven bestaan. Te noemen vallen in het bijzonder de rapporten met bijbehorende kabinetsstandpunten die in MDW-verband als *kaderstellend* werden aangemerkt, zoals 'Concessies en aanbesteden', 'Veilen en andere allocatiemechanismen', 'Vouchers en persoonsgebonden budgetten' en 'Verhandelbare rechten'.¹³⁰

Voor de goede orde: het is niet zo dat de verhouding tussen de marktordeningsmodellen en de instrumenten één op één loopt. Integendeel, veel instrumenten komen op verschillende soorten markten voor. Dit ligt iets anders voor het instrument van de concessie, dat bij uitstek past bij de concurrentie *om* de markt, en niet voor concurrentie *op* de markt, omdat door concessieverlening een (juridisch) monopolie wordt gecreëerd.¹³¹ De modellen zijn hier vooral genoemd om de manieren te laten waarop marktwerking kan plaatsvinden en ter voorkoming van het misverstand dat marktwerking per definitie betrekking heeft op een volledige competitie *op* de markt.

5.5.2 Schaarse vergunningen

Een techniek waarmee de marktwerking kan worden bevorderd is in de wet de grondslag te leggen voor een stelsel van schaarse vergunningen.¹³² Dat is een vergunningenstelsel waarbij er in beginsel meer vergunningaanvragers zijn dan te verlenen vergunningen. Dat is te realiseren door een vergunningenplafond in te stellen. De vergunningverlener moet van een zo geschikt mogelijke procedure gebruikmaken om de beschikbare vergunningen te verdelen en uiteindelijk aan de uitverkorene(n) te verlenen. Een bekend voorbeeld van een schaarse vergunning vormt de vergunning voor het gebruik van frequentieruimte waarmee toestemming wordt verleend voor commerciële radio-uitzendingen in de ether.

De uitdrukking 'vergunning' wordt hier in een ruime betekenis gebezigd, namelijk voor al die gevallen waarin door een bevoegd bestuursorgaan een uitzondering wordt gemaakt op een wettelijk gesteld gebod of verbod. Niet alleen vergunningen (in enge zin), maar ook ontheffingen, concessies e.d. kunnen schaars zijn in deze zin.

Voor een goed begrip is het van belang te beseffen dat veel vergunningenstelsels niet op deze leest zijn geschoeid. Voor veel vergunningen geldt eenvoudigweg dat

¹³⁰ Kamerstukken II 2000/01, 24 036, nr. 222, p. 5-6.

¹³¹ Vgl. M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2000, p. 11.

¹³² Waarover uitvoerig: F.J. van Ommeren, *Schaarse vergunningen, De verdeling van schaarse vergunningen als onderdeel van het algemene bestuursrecht* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2004.

als de aanvrager aan de (wettelijk) gestelde voorwaarden voldoet hij de vergunning dient te verkrijgen. Dit geldt bijvoorbeeld voor de bouw- en de milieuvergunning. Dat wil overigens niet zeggen dat er op dit terrein geen schaarste heerst. Integendeel, de schaarste is echter op een andere manier gereguleerd, namelijk op het niveau van de algemene regels die, in dit geval, in het bijzonder zijn opgenomen in het bestemmingsplan respectievelijk het milieubeleidsplan. Ik wil dit hier benadrukken, omdat aldus inzichtelijk wordt dat het niet alleen een politiek-bestuurlijke maar vooral een wetstechnische keuze is of de regulering van de schaarste aangrijpt op het niveau van de algemene regelstelling of op het niveau van de vergunningverlening. Beide zijn vaak mogelijk. In de regel is het de wetgevingsambtenaar die op dit soort keuzes een belangrijk stempel zal drukken.

Er zijn verschillende soorten procedures aan de hand waarvan schaarse vergunningen kunnen worden verleend.¹³³ De meest belangrijke zijn:

- a. Volgorde van ontvangst van de aanvraag, al dan niet met wachtlijst
- b. Loting
- c. Vergelijkende toets (algemeen)
- d. Veiling
- e. Aanbesteding

De vergelijkende toets in algemene zin kan op heel verschillende zaken zijn gericht. De vergelijking kan geschieden met het oogmerk de in economische zin meest efficiënte aanvraag te honoreren, maar zij kan ook op andere zaken zijn gericht, bijvoorbeeld op het belang van het milieu of op culturele belangen.

De veilingprocedure en de aanbestedingsprocedure zijn strikt genomen een specifiek soort vergelijkende toetsen. Vooral deze methodes zijn geschikt om de marktwerking te bevorderen. Deze verdelingsprocedures zijn elkaars spiegelbeeld. Kort gezegd (in de praktijk zijn er meer nuances mogelijk) betaalt bij de veiling de vergunninghouder voor de vergunning, terwijl bij de aanbesteding de vergunningverlener betaalt. De geldstromen lopen dus precies de tegengestelde kant op.

De opbrengst van de veiling van de UMTS-vergunning in 2000, een kleine zes miljard gulden, was niet gering. Toch werd dit bedrag in de politiek kritisch ontvangen: men had een hogere opbrengst verwacht.¹³⁴

De Aanbestedingsprocedure wordt meestal gebruikt voor de aanbesteding van privaatrechtelijke goederen en diensten, maar dat hoeft niet per se. Deze procedure kan ook worden gebruikt voor de verlening van publiekrechtelijke toestemmingen, zoals vergunningen en concessies.¹³⁵

133 Waarover uitvoerig: C.J. Wolswinkel, 'Verdelingsprocedures: een zoektocht naar een zinvol onderscheid', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 177 e.v.

134 Vgl. *Kamerstukken II* 1999/00, 24 095, nr. 55 en 86.

135 Zie voor kritiek hierop: H.D. van Romburgh, *Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2005, p. 91.

In het kader van het wetgevingsbeleid is het MDW-rapport 'Veilen en andere allocatiemechanismen' tot stand gebracht.¹³⁶ In dat rapport is de aanbestedingsprocedure echter niet separaat geanalyseerd. Volgens dat rapport is aanbesteden bij het hanteren van één geobjectiveerd criterium waarvan de beste offerte wordt geselecteerd, in feite het vraagzijde-equivalent van veilen. Indien meer en/of niet-objectieve criteria worden gehanteerd, is aanbesteden in feite het equivalent van de vergelijkende toets. Wat betreft de manier van selecteren onderscheidt aanbesteding zich dus niet van veilen en toetsen, aldus dit MDW-rapport.

Schaarse vergunningen komen niet alleen op economisch terrein voor. Bekend is de zogeheten arbeidsmarktfixus in het hoger onderwijs, op grond waarvan kandidaat studenten moeten loten voor toelating tot een opleiding, zoals bijvoorbeeld de studie geneeskunde.

Een belangrijke vraag voor de wetgever is in hoeverre hij de ruimte heeft om voor het in het leven te roepen vergunningenstelsel die verdelingsmethode te kiezen die hij het meest geschikt vindt. Vooropgesteld moet worden dat het nogal eens voorkomt dat in wetgeving waarin een vergunningenstelsel is opgenomen, in het midden is gelaten met behulp van welke verdelingsmethode vergunning moet worden verleend. Het gevolg hiervan is dat het tot vergunningverlening bevoegde gezag in onzekerheid verkeert over hoe het hierbij te werk moet gaan.

De Wet op de kansspelen zwijgt over de vraag met behulp van welke verdelingsmethode de kansspelvergunning moet worden verleend. Het zelfde geldt voor de Winkeltijdenwet, die niet voorschrijft op welke wijze een ontheffing van het verbod om op zon- en feestdagen voor het publiek geopend te zijn, moet worden verleend.

Uit de rechtspraak is duidelijk dat schaarse vergunningen niet (meer) zomaar onderhands mogen worden verleend, maar dat derden – met andere woorden: potentiële andere aanvragers – de gelegenheid moeten krijgen naar de schaarse vergunning mee te dingen. Derhalve rust op het bestuursorgaan de verplichting om tijdig, dat wil zeggen voordat de verlening plaatsvindt, bekend te maken dat een vergunning vrij is gekomen. Daardoor krijgen derden de kans een vergunning aan te vragen.¹³⁷

Wanneer derden-belanghebbenden die kans niet hebben gekregen, kan de vergunningverlening niet door de beugel. In de geruchtmakende Betfair-zaak werd de – al decennia bestaande – praktijk van onderhandse verlening van een kansspelvergunning aan (onder andere) de Lotto, naar de prullenmand verwezen, omdat een derde – de Britse onderneming Betfair die kansspelen via internet aanbiedt – geen kans had om de vergunning te verkrijgen.¹³⁸ Eerder vernietigde het CBB al de verlening van een schaarse vergunning voor het exploiteren van een speelautomatenhal, omdat andere potentiële aanvragers niet door de gemeente van de vrijgekomen vergunning op de hoogte waren gesteld.¹³⁹

¹³⁶ Kamerstukken II 2001/02, 24 036, nr. 254 (bijlage).

¹³⁷ F.J. van Ommeren, 'Schaarse publieke rechten: een verplichting tot het creëren van mededingsruimte?' in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 235 e.v.

¹³⁸ HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, *JB* 2010, 171, m.nt. C.J. Wolswinkel, *AB* 2011, 17, m.nt. A. Buijze. Zie ook ABRvS 23 maart 2011, *AB* 2011, 230, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Betfair*).

¹³⁹ CBB 3 juni 2009, *AB* 2009, 373, m.nt. C.J. Wolswinkel (*Swiss Leisure Group*).

De rechtspraak is nog in ontwikkeling, maar tot op heden is er geen verplichting om, wanneer de vergunning schaars is, voor een ander soort verdelingsmethode te kiezen dan 'wie het eerst komt het eerst maalt'. Als de vergunning schaars is, dienen derden weliswaar mee te kunnen dingen, maar die competitie *kán* (slechts) bestaan uit de 'wedstrijd' wie het eerst de aanvraag heeft ingediend. De wetgever heeft derhalve (nog steeds) volledig de ruimte om te beoordelen of een dergelijke procedure ook werkelijk de meest geschikte verdelingsmethode is of dat een ander soort verdelingsprocedure meer is aangewezen.

In de literatuur is echter opgemerkt dat onder invloed van het Europese recht voor de toekomst te verwachten valt dat de verdeling van een groeiend aantal vergunningen niet altijd meer kan plaatsvinden door middel van het systeem 'wie het eerst komt, het eerst maalt', maar dat de toekenning van vergunningen een echte vergelijking tussen meerdere aanvragers vergt.¹⁴⁰

5.5.3 *Schaarse subsidies*

Er zijn meer schaarse publieke rechten dan uitsluitend schaarse vergunningen. Een belangrijke en veel gebruikte figuur is de schaarse subsidie. Bij schaarse subsidies zijn er meer aanvragers dan dat er beschikbare financiële middelen zijn. Dat kan zowel het geval zijn bij subsidies met een wettelijk subsidieplafond als bij begrotingssubsidies of incidentele subsidies.

Het kabinet-Rutte heeft aanzienlijke bezuinigingen van de subsidies in het vooruitzicht gesteld.¹⁴¹ Door de vermindering van de financiële middelen neemt de schaarste toe en doen zich dus meer of intensere verdelingsvraagstukken voor.

De subsidieaanvragers dienen in principe op de een of andere manier met elkaar te wedijveren om de schaarse middelen. Ook voor schaarse subsidies geldt dat zij in beginsel kunnen worden verdeeld op volgorde van ontvangst van de aanvraag, door middel van een vergelijkende toets dan wel – en dat is doorgaans een verschil met vergunningen – door middel van een evenredige verdeling. De subsidiewetgever zal derhalve een keuze voor een bepaald soort verdelingsprocedure moeten maken. Laat hij dat na – en ook dat is mede een wetstechnische beslissing – dan is het aan het subsidieverstrekkende bestuursorgaan hieraan een eigen invulling te geven.

In de literatuur is voorgesteld voor schaarse subsidies een algemene regeling op te nemen in de subsidietitel van de Awb. Deze regeling zou in het bijzonder moeten voorschrijven dat bij of krachtens wettelijk voorschrift schaarse subsidies worden verdeeld: (a) op volgorde van binnenkomst, (b) op volgorde van een kwalitatieve rangschikking, (c) door een evenredig verdeling, of (d) op een andere geschikte wijze. In deze algemene regeling zouden bovendien per soort procedure enig aanvullende voorschriften kunnen worden gesteld.¹⁴²

140 R.J.G.M. Widdershoven e.a., *De Europese agenda van de Awb* (Derde evaluatie van de Awb), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 205.

141 Regeerakkoord VVD-CDA van 30 september 2010.

142 M.J. Jacobs & W. den Ouden, 'Eerlijk zullen wij alles delen...', *JB plus* 2011, p. 35 e.v.

Een bijzondere soort schaarse subsidie wordt gevormd door de zogeheten *persoonsgebonden budgetten* (pgb's) en de *subsidievouchers*.¹⁴³ De meest voorkomende pgb's zijn zorgsubsidies die op grond van de AWBZ worden toegekend.

Enige andere wettelijke regelingen waarop pgb's worden gebaseerd, zijn de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) en de Zorgverzekeringswet (Zvw). De pgb-AWBZ heeft met name betrekking op verzorging, begeleiding, verpleging en tijdelijk verblijf. De pgb-Wmo is in het bijzonder bestemd voor hulp bij het huishouden, hulpmiddelen en voorzieningen en de in bepaalde gevallen voorkomende pgb-Zvw is bedoeld voor eerstelijns psychologische zorg. De voorbeelden en getallen die hierna worden genoemd, betreffen uitsluitend de pgb-AWBZ.

Het kenmerkende van pgb's is dat de subsidieontvanger een zeer grote vrijheid heeft om de zorg naar eigen keuze in te richten. De ontvanger van zorg is daardoor niet (meer) afhankelijk van het collectieve aanbod. Dat brengt met zich dat de ontvanger – in het jargon: de budgethouder – een eigen verantwoordelijkheid heeft ten aanzien van de inkoop, de kwaliteit en de verantwoording van de met het persoonsgebonden budget gefinancierde zorg.

In het jargon van de zorg mag de budgethouder zijn eigen 'regie' voeren, dat wil zeggen: zijn eigen keuzen maken over hoe hij de financiële middelen voor de benodigde zorg aanwendt. De budgethouder wordt door de inkoop van deze diensten werkgever, hetgeen de nodige verantwoordelijkheden met zich brengt en hij moet mede daarom ook zijn uitgaven aan de overheid verantwoorden.

Het behoeft geen uitleg dat pgb's zowel uitstekend passen bij de remedie van de regeldrukvermindering door verschuivende verantwoordelijkheidsverdeling als bij de remedie van het stimuleren van vraagsturing.

De pgb-systematiek is halverwege de jaren '90 in de zorg ingevoerd. Meer in het algemeen kreeg de keuze voor persoonsgebonden budgetten of vouchers relatief veel aandacht in het algemeen wetgevingsbeleid van de Paarse kabinetten. In het kader van het MDW-project 'Vouchers en persoonsgebonden budgetten' is een *afwegingskader* ontwikkeld ter beantwoording van de vraag wanneer het wel of niet raadzaam is voor de wetgever dit instrument in te zetten.¹⁴⁴

Persoonsgebonden budgetten vormen al met al in twee opzichten een bijzonder soort subsidie: zij bieden de betrokkenen meer keuzeruimte dan gebruikelijk én zij zijn schaars. De methode van verdeling van de pgb's in de zorg is die van 'wie het eerst komt, het eerst maalt'. Als het subsidieplafond is bereikt, wordt de toekenning van de subsidie (tijdelijk) stopgezet. Het gevolg van dit systeem is dat er wachtlijsten ontstaan.

In 2010 bijvoorbeeld werd per 1 juli een toekenningstop ingevoerd. Per 1 januari 2011 werd deze opgeheven. Het opmerkelijke is dat het merendeel (60 tot 70%) van degenen die op de

¹⁴³ In theorie zouden de pgb-figuur en de voucher ook gebruikt kunnen worden bij niet-schaarse subsidies, maar dat komt bij mijn weten in de praktijk niet voor. De verklaring daarvoor is waarschijnlijk dat de overheidsuitgaven zonder plafond onbeheersbaar zouden worden.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II* 2000/01, 24 036, nr. 222 (Kabinetstandpunt MDW-project 'Vouchers en persoonsgebonden budgetten').

wachttijdstonden, geen gebruik wenste te maken van de aangeboden alternatieve zorg-in-natura.¹⁴⁵ Dat zegt wel iets over hoe aantrekkelijk de betrokkenen dit systeem vinden, althans over hoe zij het ervaren en over het belang dat door hen aan het wezenskenmerk van de geboden keuzeruimte wordt toegekend.

Het pgb-systeem dreigt in de zorg thans door zijn eigen succes uit zijn voegen te barsten.

Er waren eind 2010 bijna 135.000 budgethouders (inclusief wachtlijst van 10.000). Het gaat om aanzienlijke bedragen: het pgb-subsidieplafond voor 2011 is vastgesteld op ruim € 2,7 miljard; in 2005 ging het nog om ongeveer € 1,0 miljard.¹⁴⁶

Hoewel het pgb-systeem wordt gebruikt voor wettelijke subsidies, zoals de AWBZ, is de rechtsfiguur van het pgb zelf nog niet wettelijk geregeld. Wel zijn er voornemens om de pgb's in de zorg wettelijk te verankeren.

Naar aanleiding van verschillende moties uit de Tweede Kamer treft het huidige kabinet voorbereidingen om de pgb's in de zorg per 1 januari 2014 wettelijk te verankeren. Omdat de uitgaven te hoog oplopen, zal echter tevens de toegang tot dit systeem worden beperkt.¹⁴⁷

De persoonsgebonden budgetten in de zorg zijn niet de enige schaarse subsidies die zoveel keuzeruimte voor de besteding bieden en daarbij de nodige eigen verantwoordelijkheid aan de ontvanger toekennen. Andere terreinen waarop dit type schaarse subsidies voorkomt, al dan niet op experimentele basis, zijn het onderwijs en het openbaar vervoer. Vanuit een oogpunt van algemeen wetgevingsbeleid is het belangrijk dat de wetgever van de ervaringen op het ene terrein kan leren voor zijn werkzaamheden op het andere terrein.

Het primair onderwijs kent leerling-gebonden financiering (het zogeheten 'rugzakje'). Er is met vouchers geëxperimenteerd in het HBO en in het openbaar vervoer met een 'eindegebruikerssubsidie' in VINEX locaties'.¹⁴⁸

5.5.4 Verhandelbare rechten

Nadat de overheid een vergunning heeft verleend, hoeft deze niet per se bij de eerste vergunninghouder te blijven. Het is denkbaar dat die vergunning bij een rechtsopvolger terecht komt. Het behoeft geen uitleg dat in het bijzonder bij stelsels van schaarse vergunningen – maar daar niet alleen – de overdraagbaarheid van de vergunning na de initiële verlening een voor de hand liggend verlengstuk is, wanneer de wetgever marktwerking wil stimuleren. In de kern komt het er op neer dat de schaarse vergunning een (aanzienlijke) vermogenswaarde vertegenwoordigt, zodat de vergunninghouder kan afwegen of het voor hem aantrekkelijk is

145 *Kamerstukken II* 2010/11, 25 657, nr. 41, p. 3 (Brief persoonsgebonden budgetten).

146 *Kamerstukken II* 2010/11, 25 657, nr. 41, p. 2 en 7 (Brief persoonsgebonden budgetten).

147 *Kamerstukken II* 2010/11, 30 597, nr. 186, p. 23 e.v. (Programmabrief langdurige zorg).

148 Zie voor deze en enige andere voorbeelden reeds: *Kamerstukken II* 2000/01, 24 036, nr. 222, p. 5 (Kabinetsstandpunt MDW-project 'Vouchers en persoonsgebonden budgetten').

de vergunning te 'verkopen' dan wel zelf de vergunde activiteiten te verrichten. Dit vergt een bedrijfseconomische afweging.

Tevens is hier sprake van een wetstechnische keuze. Bij veel vergunningenstelsels is het zo dat de vergunninghouder de vergunning niet aan een rechtsoptvolger mag overdragen, maar dat de vergunningverlener de vergunning moet intrekken en vervolgens aan een ander een nieuwe vergunning moet verlenen. De rechtstreekse overdraagbaarheid van de vergunning is een alternatief voor het systeem van intrekken en opnieuw verlenen. De keuze voor het ene of het andere systeem betreft het soort keuze waarbij de wetgevingsambtenaar een stevige vinger in de pap heeft. Het zal duidelijk zijn dat bij een (politiek) klimaat dat marktwerking wil stimuleren, de keuze eerder in de richting van een stelsel met verhandelbare rechten zal uitvallen.

Van de keuze tussen het ene of het andere stelsel zijn overigens de scherpe kantjes in zoverre af te halen, dat het heel goed mogelijk is – en dat gebeurt ook in de wetgevingspraktijk – het vergunningverlenende bestuursorgaan een bepaalde rol te geven bij de overdracht. In het bijzonder met het oog op de handhaving van de vergunningvoorschriften is het van belang dat het terzake verantwoordelijke bestuursorgaan weet wie de vergunninghouder is. Een *meldings- of registratieplicht*, waardoor de overdracht moet worden gemeld aan het bestuursorgaan, is daarvoor een minimumeis. Meer ingrijpend is het wanneer in de wet is bepaald dat het bestuursorgaan *toestemming* moet verlenen voor de overdracht. Daardoor wordt immers een hogere drempel met meer administratieve lasten en hogere transactiekosten voor overdracht opgeworpen.

Een enkele keer heeft de wetgever de overdraagbaarheid uitdrukkelijk geregeld.¹⁴⁹

Voorbeelden vormen de Telecommunicatiewet, de Wet personenvervoer 2000, de Mijnbouwwet, de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht en de Waterwet. Het betreft vooral meer recente wetgeving. Van wat oudere datum zijn de wettelijke regels op het gebied van de landbouw en de visserij: de regels die daar uitdrukking geven aan de overdraagbaarheid zijn veelal ministeriële regelingen en niet de (bovenliggende) wetgeving in formele zin.¹⁵⁰

Bij de totstandkoming van verschillende wettelijke regelingen waarin overdraagbaarheid aan de orde is, kan worden getwist over het uitgangspunt dat bij het verlenen van toestemming voor de overdracht dient te gelden.¹⁵¹ Dient het uitgangspunt te zijn dat overdracht in principe is toegestaan, tenzij het bestuursorgaan

149 A.R. Neerhof, 'Overgang van schaarse publieke rechten', in: F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 323 e.v., wijst er terecht op dat behalve de overdracht na een melding of na vereiste overheidstoestemming, wetgeving ook de basis kan bieden voor overgang van *rechtswege* (bijvoorbeeld art. 6.24 lid 1 Waterwet).

150 Zie voor jurisprudentie waarin mede de uitleg van een dergelijke lagere regeling aan de orde was: HR 9 april 2004, *JB* 2004, 201, m.nt. C.L. Knijff, *AB* 2004, 328, m.nt. PvB. En ook: F.J. van Ommeren, 'Overdracht van vergunningen', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2005, p. 153 e.v.

151 En ook in de *politiek* wordt daarover getwist; zie meer uitvoerig, met bronvermeldingen, Van Ommeren 2004, p. 66, 67.

de toestemming weigert; of dient het uitgangspunt te zijn dat overdracht in principe niet is toegestaan, tenzij de minister daarvan ontheffing verleent?

Dient de tekst van het wettelijk voorschrift te luiden: 'Een vergunning kan op aanvraag van de houder van die vergunning aan een ander worden overgedragen met toestemming van Onze Minister' of dient het voorschrift te luiden: 'De vergunning is niet overdraagbaar, tenzij daartoe ontheffing is verleend door Onze Minister'?

Strikt wetstechnisch beschouwd, kunnen deze twee benaderingen elkaar zeer dicht naderen, zolang het toetsingskader van het bestuursorgaan niet een wezenlijk andere inhoud krijgt, maar principieel zijn de uitgangspunten heel verschillend. Gekozen zal mijns inziens moeten worden voor het uitgangspunt dat het best past bij het oogmerk van de wet. Is het oogmerk het bevorderen van marktwerking dan ligt in principe het positief geformuleerde uitgangspunt meer voor de hand.

De overdraagbaarheid geldt niet alleen voor vergunningen. Het kan ook gaan om de overdracht van concessies, (milieu)emissie-rechten¹⁵² of van overheidswege toegekende quota en contingenten, zoals voor vis, melk, mest etc. Vandaar dat, als verzamelterm, meestal wordt gesproken over 'verhandelbare rechten'.

Er zijn twee MDW-rapporten betreffende 'Verhandelbare rechten' (kabinetsstandpunten zijn opgenomen in *Kamerstukken II* 1999/00, 24 036, nr. 149 en 182).¹⁵³

Het verdient aanbeveling dat de wetgever uitdrukkelijk bepaalt of een vergunning wel of niet overdraagbaar is en indien dat het geval is ook voorschrijft op welke wijze de overdracht dient plaats te vinden. Dat dient in beginsel te gebeuren in (de toelichting bij) de wet waarop de vergunning is gebaseerd.

Zie de – naar aanleiding van de twee genoemde MDW-rapporten ingevoerde – Ar 130C.

Wanneer de (bijzondere) wetgever zich ten aanzien van een bepaald vergunningenstelsel niet expliciet over de overdraagbaarheid heeft uitgelaten, kan daarover veel onzekerheid ontstaan. In beginsel is dan bepalend of de overdraagbaarheid past in het stelsel van de wet (waarvoor uiteraard ook de strekking van de wet in ogenschouw dient te worden genomen) tezamen met de aard van de vergunning.

De aard van de vergunning kan zonder meer aan overdraagbaarheid in de weg staan. Persoonsgebonden vergunningen zijn naar hun aard niet overdraagbaar. Het schoolvoorbeeld vormt het rijbewijs. In een dergelijk geval is de niet-overdraagbaarheid zo evident, dat het niet nodig is dat de wetgever zich over de overdraagbaarheid uitlaat. In veel gevallen ligt dit anders.¹⁵⁴

152 Waarover: R. Teuben, *Verhandelbare emissierechten. Juridische aspecten van emissiehandel voor CO2 in Nederland en de Europese Unie* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2005.

153 Waarover: F.J. van Ommeren, 'Verhandelbare rechten van publiekrechtelijke herkomst. Twee MDW-rapporten', *RegelMaat* 2002, p. 138 e.v. Zie ook uitvoerig C.L. Knijff, *Rechtsopvolging bij vergunningen. De mogelijkheid en wijze van overgang van vergunningen naar bestuursrecht en privaatrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2003.

154 Zie onder anderen: Neerhof 2011, p. 325.

In de literatuur is bepleit dat er in de Awb een *algemene* wettelijke regeling voor de overdraagbaarheid van vergunningen en andere beschikkingen komt.¹⁵⁵ Voordeel van een algemene regeling is dat met name meer helderheid kan worden geboden over de vraag wanneer een vergunning overdraagbaar is ingeval dat niet in bijzondere de wet is geregeld en op welke wijze overdracht van een vergunning dient plaats te vinden. Voorts kan een waarborg worden geboden tegen de overdracht aan een derde die niet voldoet aan de voorwaarden voor (de oorspronkelijke) vergunningverlening. Een mogelijk risico van overdraagbaarheid van een vergunning is namelijk dat langs die weg de (wettelijke) verleningsvoorwaarden worden omzeild, al dan niet met behulp van een stroman.

Dat een stelsel van schaarse, verhandelbare vergunningen de marktwerking stimuleert, spreekt voor zichzelf. Ook in andere zin kunnen dit soort stelsels regel-drukverminderend zijn: zij dragen immers bij aan een andere verdeling van verantwoordelijkheden tussen overheid en samenleving.

5.5.5 Concessies

De concessie is een rechtsfiguur die vooral gebruikt wordt in de economische onderdelen van het bestuursrecht. De concessie wordt met name gebruikt om de rechtsverhouding te regelen tussen de overheid en privaatrechtelijke (rechts)personen die een publieke taak uitvoeren. Met de verlening van de concessie wordt de primaire verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de publieke taak overgedragen aan de concessionaris. De overheid voert die taak dus niet zelf uit. De concessie is met name van belang op het gebied van de media, telecommunicatie, openbaar vervoer, post, mijnbouw, gas, elektriciteit, drinkwater en andere nutssectoren.

De concessie bevat ook voorschriften die, via de band van de concessiehouder, betrekking hebben op derden-belanghebbenden, in het bijzonder de consument. Te denken valt bijvoorbeeld aan voorschriften over de prijs, die de concessiehouder aan de consument in rekening mag brengen.

De concessie heeft twee in het oog springende kenmerken die haar over het algemeen doen onderscheiden van andere rechtsfiguren waarbij de overheid toestemming verleent voor een gedraging die zonder die toestemming verboden is, zoals de vergunning of de ontheffing. Ten eerste is de concessiehouder *verplicht* uitvoering te geven aan de hem bij concessie opgedragen taak. Dat is een verschil met bijvoorbeeld een vergunninghouder. Die is immers niet verplicht de activiteiten waarvoor hem vergunning is verleend daadwerkelijk uit te voeren. Ten tweede is kenmerkend dat de concessiehouder recht heeft op de *revenue*n die de exploitatie hem oplevert, doorgaans in de vorm van een vergoeding van de consument.¹⁵⁶

155 Knijff 2003, p. 303, Van Ommeren 2004, p. 68 en Neerhof 2011, p. 354-355.

156 Vgl. D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en Frankrijk* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 277. Concessies zijn ook gedefinieerd in het Europese aanbestedings- en mededingingsrecht, zie o.a. Nijhof 2000, p. 15 e.v. en 51 e.v.

Vergunningen worden verleend voor activiteiten waar het verlenende bestuursorgaan betrekkelijk neutraal tegenover staat. Het laat de overheid onverschillig of de vergunde activiteit wel of niet wordt verricht. Dit is anders bij concessies. Daar acht de overheid de activiteit waarvoor toestemming wordt verleend zeer wenselijk en wil zij er zeker van zijn dat deze ook daadwerkelijk wordt verricht.

Ar 125 definieert de vergunning, de ontheffing en de vrijstelling. Opmerkelijk is dat de Aanwijzingen voor de regelgeving geen definitie bevatten van de concessie. Het gevaar daarvan is dat overheidstoestemming die materieel een concessie is in de wet wordt aangeduid als vergunning of anderszins.

De concessie is een speciaal soort schaarse vergunning. In de regel wordt er maar één concessie afgegeven voor een bepaalde activiteit in een bepaald gebied voor een bepaalde periode. Met andere woorden: de verlening van de concessie brengt een juridisch monopolie tot stand. Concessies worden soms aanbesteed. De aanbesteding van de concessie is bijvoorbeeld voorgeschreven in de Wet personenvervoer 2000.

De invoering van een concessiestelsel kan bijdragen aan de bevordering van de marktwerking. Ook brengt een concessie een verschuiving in de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid en samenleving teweeg. Vanwege haar eigenstandige karakter, in het bijzonder ten opzichte van de vergunning, is zij hier separaat besproken.

In het wetgevingsbeleid is vooral in MDW-verband in het bijzonder ingegaan op de figuur van de concessie.¹⁵⁷ De aanbesteding van concessies in het openbaar vervoer trekt politiek al jaren de nodige aandacht, omdat daartegen relatief veel maatschappelijk verzet bestaat.

5.6 Wetgevingsalternatieven

5.6.1 Inleiding: alternatieven voor wetgeving

Alternatieven voor wetgeving maken al lange tijd deel uit van het wetgevingsbeleid. In het bijzonder in de nota 'Zicht op wetgeving' (1991) werd het denken in alternatieven gepropageerd.

Het eerste speerpunt van de nota 'Zicht op wetgeving' luidt – onder de kop 'Denken in alternatieven': 'De ontwikkeling en de uitvoering van het algemeen wetgevingsbeleid zijn gericht op de verbetering van de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van het overheidsbeleid. Daarbij zal het denken in alternatieven centraal staan: alternatieve instrumenten in plaats van de wet en alternatieven bij de inrichting van de wet.'¹⁵⁸ In het bijzonder worden convenanten en wettelijk gestructureerde zelfregulering als alternatieven genoemd.

157 *Kamerstukken II 2000/01, 24 036, nr. 177, p. 4-5* (Kabinetsreactie op het MDW-rapport: Concessies en aanbestedingen).

158 *Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nrs. 1-2, p. 51.*

Het denken in alternatieven is ook verankerd in de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Aanwijzing 7, onderdeel d, luidt: 'indien overheidsinterventie noodzakelijk is, wordt onderzocht of de gekozen doelstellingen kunnen worden bereikt door aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten dan wel, indien dit niet mogelijk blijkt, welke andere mogelijkheden daartoe bestaan;'

Ook in de nota 'Bruikbare rechtsorde' (2004) wordt veel aandacht voor alternatieven gevraagd.

Deze nota bezigt een wat andere terminologie. In deze nota staat de 'principiële aanpak' voorop. In dat kader moeten 'bestaande instituties' worden benut en 'nieuwe concepten' ontwikkeld' en moet naar andere 'reguleringsmodellen' worden gekeken. Bij het beter of anders benutten van 'bestaande instituties' worden als voorbeeld de cao's, convenanten en certificering genoemd. Als voorbeeld van 'nieuwe concepten' worden zorgplichten en het vervangen van toezicht door toezicht op het zelfregulerend systeem genoemd.¹⁵⁹ Onder het etiket van de reguleringsmodellen begrijpt de nota onder meer: zorgplichten, alternatieve toezichtsinstrumenten, afspraken tussen burgers en instellingen in plaats van kwaliteitseisen van de overheid en erkenning van zelfzorgsystemen. Dat is niet echt iets anders dan de alternatieven van de nota 'Zicht op wetgeving'. Beide nota's dragen bovendien zelfregulering uitdrukkelijk een warm hart toe.

Alternatieven voor wetgeving zijn er in verschillende soorten en maten. Een inzichtgevende categorisering van deze alternatieven is mijn inziens de volgende:¹⁶⁰

- de *eenzijdige* regels van overheidswege die geen wetgeving inhouden;
- de *overeenkomsten* en andere afspraken die de overheid aangaat;
- *zelfregulering*: de regels die niet door de overheid worden vastgesteld.

De regels waarvoor een alternatief wordt gezocht zijn de wettelijke eenzijdig bindende regelingen van overheidswege: de algemeen verbindende voorschriften. Het als eerste genoemde alternatief ligt nog redelijk dichtbij, maar is toch als alternatief te bestempelen: het zijn de andere regels die worden opgesteld door bestuursorganen, te denken valt in het bijzonder aan beleidsregels, bestuurlijke richtlijnen, circulaire etc. De beleidsregels zijn van deze categorie juridisch het meest uitgekristalliseerd en worden daarom hierna besproken (§ 5.6.2).

In de tweede plaats – en al een stap verder, in de zin van minder lijkend op algemeen verbindende voorschriften – valt de categorie van de overeenkomsten, convenanten en andere afspraken met de overheid te noemen. Convenanten vormen van deze categorie de meest uitgewerkte rechtsvorm (§ 5.6.3). De afspraken die evenwel herhaaldelijk worden gemaakt, met andere woorden: standaardcontracten, zijn minstens zo belangrijk, omdat zij – net als wetgeving – algemene strekking hebben. Standaardcontracten worden in de terminologie van het BW aangeduid als

¹⁵⁹ Kamerstukken II 2003/04, 29 279, nr. 9, p. 12.

¹⁶⁰ Zie F.J. van Ommen, 'Bestuurswetgeving en haar alternatieven: een verkenning van beleidsregels, algemene voorwaarden van de overheid en normalisatienormen als prototypen', *Regel-Maat* 2008, p. 74 e.v. Deze paragraaf is ten dele, en soms letterlijk, aan dat artikel ontleend.

algemene voorwaarden. De algemene voorwaarden van de overheid worden dan ook eveneens besproken (§ 5.6.4).

De derde categorie betreft de regels die niet worden opgesteld door de overheid maar door de betrokkenen zelf. Met andere woorden: regels die in het kader van de zelfregulering worden opgesteld (§ 5.6.5). Voor zelfregulering geldt nog meer dan voor de hiervoor genoemde categorieën van alternatieven dat er heel veel verschillende soorten regels onder te vatten zijn. Wat deze categorie betreft verdienen de normalisatienormen bijzondere aandacht. Voor normalisatienormen geldt eveneens dat zij vatbaar zijn voor herhaalde toepassing en bovendien wordt er in wetgeving dikwijls naar verwezen (§ 5.6.5.3.)

Met deze drie categorieën is geen volledig beeld van de alternatieven voor wetgeving gegeven. Zo is het soms verstandig van regels af te zien en te volstaan met *voorlichting of adviezen*.¹⁶¹ De drie genoemde categorieën hebben echter gemeenschappelijk dat zij echte algemene regels kunnen inhouden, zij kunnen alle algemene strekking hebben. Verder hebben zij alle betrekking op bindende regels, hoewel de aard van de binding verschilt.¹⁶² In die zin vormen zij een volwaardig alternatief voor wetgeving.

Het denken in alternatieven past in het bijzonder goed bij de remedie die een verschuiving in de verantwoordelijkheidsverdeling voorstaat. Immers door middel van deze alternatieven wordt veel meer dan bij wetgeving waarbij de overheid aan het stuur zit de verantwoordelijkheid (mede) neergelegd bij de burger. Dat geldt in het bijzonder voor de categorieën van de overeenkomsten en de zelfregulering en geldt ook ingeval wordt volstaan met voorlichting of adviezen.

5.6.2 Beleidsregels

Met behulp van beleidsregels kunnen bestuursorganen een uitwerking geven aan bestuursbevoegdheden, die hen bij of krachtens de wet zijn toegekend. Daarnaast zijn er ook buitenwettelijke beleidsregels: zij werken buitenwettelijke bestuursbevoegdheden uit. Beleidsregels kunnen op twee verschillende manieren uitwerking geven aan bestuursbevoegdheden. Het bestuursorgaan kan er zowel de hem gelaten beleidsvrijheid als de hem gelaten beoordelingsruimte nader mee invullen.

In het eerste geval is er bijvoorbeeld sprake van een wettelijke kan-bepaling (het bestuursorgaan kan...), het bestuursorgaan kan daarvoor beleidsregels opstellen die tot uitdrukking brengen wanneer de toegekende bevoegdheid wel of niet wordt gebruikt en onder welke voorwaarden dat het geval is. In het tweede geval is er sprake van een wettelijke term of van feitelijke omstandigheden die voor meerderlij uitleg vatbaar is. Men zie voor een wettelijke definitie van het begrip 'beleidsregel' artikel 1:3, vierde lid, Awb.

161 Zie voor een klassiek pleidooi dat lichtere interventies de voorkeur moeten genieten: Geelhoed 1983.

162 Normalisatienormen hebben geen juridische binding maar binden op *sociale en economische* gronden; zie § 5.6.5.3.

Woorden zijn vrijwel nooit duidelijk. Het ligt aan de omstandigheden hoe een wettelijke regeling geïnterpreteerd moet worden. Daarvoor zijn wetsinterpreterende beleidsregels van groot belang. Een wetsinterpreterende beleidsregel is een beleidsregel omtrent de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan (vgl. art. 1:3 lid 4 Awb).

Vanuit wetgevingsperspectief is een belangrijke vraag welke regels in een algemeen verbindend voorschrift moeten worden opgenomen en welke in een beleidsregel. Dit is niet steeds eenvoudig.

Een ministeriële regeling bijvoorbeeld kan zowel het karakter hebben van een algemeen verbindend voorschrift als van een beleidsregel.

Hoofregel is dat een beleidsregel invulling geeft aan een bestuursbevoegdheid en een algemeen verbindend voorschrift de uitwerking is van een wetgevingsbevoegdheid. Dit verschil kan heel betrekkelijk zijn. Voor wetsinterpreterende beleidsregels geldt in de praktijk dat de wet (het algemeen verbindend voorschrift) het eerst totstandkomt en dat vervolgens wetsinterpreterende beleidsregels worden opgesteld over de kwesties waarover nog vragen rijzen.

Een meer inhoudelijk onderscheid tussen algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels kan worden gemaakt met behulp van het legaliteitsbeginsel. Uit de jurisprudentie blijkt al jaren dat verplichtingen niet eenzijdig bij beleidsregel aan de betrokkenen mogen worden opgelegd.¹⁶³

Dit bleek bijvoorbeeld uit het arrest van de Stichting Rooms Katholiek Onderwijs Huizen/gemeente Huizen.¹⁶⁴ In dat arrest overwoog de Hoge Raad dat de inhoud van een (wetsinterpreterende) beleidsregel wel aan de opsteller, de minister, kon worden tegengeworpen, maar niet aan de normadressaat, in dit geval een schoolstichting. De in de beleidsregel opgenomen verplichtingen bonden de stichting niet, aangezien deze verplichtingen geen wettelijke grondslag hadden, maar slechts in de beleidsregeling waren opgenomen.

Door het gebruik van beleidsregels vermindert de regeldruk uiteraard niet in kwantitatieve zin. Goede wetsinterpreterende beleidsregels bevorderen echter de kenbaarheid en begrijpelijkheid van wettelijke voorschriften. Daardoor vermindert de regeldruk wel degelijk. Maar ook hier geldt: overdaad schaadt. Met het oog op de regeldruk is een spaarzaam gebruik van wetsinterpreterende beleidsregels van belang. Een scherp en duidelijk wettelijk voorschrift dat geen nadere wetsinterpreterende beleidsregel behoeft, is van hogere kwaliteit dan een wettelijk voorschrift waarvoor een wetsinterpreterende beleidsregel wel nodig is. Ook van andere soorten beleidsregels is niet uitgesloten dat zij de regeldruk verminderen: zij dragen bij aan systematisering en aan de reductie van rechtsonzekerheid.

Een belangrijk verschil tussen beleidsregels en wettelijke regelingen is dat de overheid ten aanzien van beleidsregels een inherente afwijkingsbevoegdheid heeft, terwijl zij zich aan haar algemeen verbindende voorschriften vrijwel stevast dient te houden.

¹⁶³ Van Ommeren 1996, p. 62.

¹⁶⁴ HR 23 mei 2003, AB 2004, 157, m.nt. FvO.

Wanneer het nodig is dat het bestuursorgaan onder bijzondere omstandigheden van een wettelijke regeling kan afwijken, dient de wetgever daartoe een *hardheidsclausule* in de wet op te nemen. Men zie voor het afwijken van beleidsregels artikel 4:84 Awb. Materieel is het verschil tussen wetgeving met een hardheidsclausule en een beleidsregeling niet heel erg groot.

5.6.3 Convenanten

Convenanten vormen bij uitstek een voorbeeld van een wetgevingsalternatief. De term *convenant* is een verzamelterm voor allerlei soorten overeenkomsten, bindend en niet-bindend, die tussen de overheid en een of meer andere partijen worden gesloten.

Een *convenant* wordt in de Aanwijzingen voor convenanten (Stcrt. 2003, 18) gedefinieerd als een schriftelijke en door partijen ondertekende afspraak of samenstel van afspraken, hoe ook genoemd, van de centrale overheid, met één of meer wederpartijen, die betrekking of mede betrekking heeft op de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, of anderszins gericht of mede gericht is op het voorbereiden dan wel realiseren van rijksoverheidsbeleid. Geen *convenant* is een overeenkomst die naar haar aard ook tussen burgers onderling gesloten kan worden (Aanwijzing 1).

De Aanwijzingen beperken zich tot convenanten van de rijksoverheid (de 'centrale' overheid), maar dat neemt uiteraard niet weg dat ook veel decentrale overheden convenanten sluiten.

Hoewel convenanten zeer geschikt zijn als wetgevingsalternatief, gaat het hier niet om een zwart-wit keuze: het is niet alleen een kwestie van óf wetgeving óf *convenant*. Ook convenanten en wetgeving staan in een bepaalde verhouding tot elkaar. Convenanten zijn te verdelen in concrete en algemene convenanten. Concrete convenanten dienen als alternatief voor beschikkingen (vgl. art. 1:3 lid 2 Awb). Algemene convenanten dienen als alternatief voor besluiten van algemene strekking (veelal lagere wetgeving zoals amvb's, ministeriële regelingen en andere algemeen verbindende voorschriften). Zij worden ook wel wetgevingsconvenanten of reguleringsconvenanten genoemd.

De verhouding tussen wetgevingsconvenanten en regelgeving kan aan de hand van de volgende typologie van convenanten worden beschreven:¹⁶⁵

- Open wetgevingsconvenanten zijn convenanten waarin wordt toegezegd tot een regeling te komen, zonder op de inhoud van die regeling in te gaan: alleen het onderwerp wordt genoemd.
- Overbruggingsconvenanten dienen ter opvulling van een hiaat in de regelgeving. Zij 'repareren' tijdelijk de reeds bestaande regels, zulks in afwachting van nieuwe nog tot stand te komen regelgeving.
- Vooruitlopende convenanten lopen, zoals het woord al zegt, vooruit op nieuwe regelgeving. Deze convenanten anticiperen naar hun inhoud op toekomstige regelgeving; in de nieuwe regeling wordt hun inhoud zo veel mogelijk als uitgangspunt genomen.

¹⁶⁵ Zie voor een toelichting bij en onderbouwing van deze indeling: F.J. van Ommeren & B.J. Schueller, 'Wordt Nederland een convenantendemocratie?' (deel 1), *RegelMaat* 1992, p. 38 e.v.

- Aanvullende/uitvoerende convenanten hebben de strekking wetgeving overbodig te maken. Zij treden meestal in de plaats van (lagere) uitvoeringswetgeving en vullen of scherpen hogere regelgeving aan.
- Zelfstandige convenanten zijn convenanten die volledig in de plaats komen van wet- en regelgeving. Verschil met de vorige categorie is dat zij geen uitwerking geven aan een hogere wettelijke regeling.

In plaats van over 'zelfstandige' convenanten wordt in de literatuur ook wel gesproken over 'regelvervangende' convenanten. Bedacht dient echter te worden dat de andere typen convenanten, zoals overbruggingsconvenanten, vooruitlopende en aanvullende/uitvoerende convenanten, eveneens tévens regelvervangend zijn; ook zij fungeren in plaats van regelgeving.

Convenanten bevatten nogal eens zachte afspraken, in die zin dat zij niet steeds in rechte afdwingbaar zijn en vooral inspanningsverplichtingen bevatten en geen resultaatsverplichtingen. Dit is overigens niet per definitie het geval. Het zachte karakter neemt niet weg dat er allerlei beleidsterreinen zijn waarop wetgevingsconvenanten voorkomen, zoals het milieu, het onderwijs en de gezondheidszorg.

Ten onrechte wordt in de praktijk nog wel eens gedacht dat met convenanten wettelijke regels zouden kunnen worden ontdoken omdat convenanten geen juridisch bindende overeenkomsten zouden zijn. Dit is een misverstand. Strijd met de wet is niet door middel van een convenant te voorkomen.

Wezenlijk voor een convenant is dat het alleen de partijen bindt en dat derden er niet door worden gebonden. Dit neemt overigens niet weg dat derden in de praktijk er wel degelijk bepaalde gevolgen van kunnen ondervinden. Dat derden niet direct door het convenant worden gebonden, kan een groot probleem zijn. Men spreekt wel over 'free-riders'. Hier doet zich uiteraard een wezenlijk verschil voor met wetgeving, die immers juist eenieder bindt. Hiervoor zijn wel oplossingen denkbaar, zoals het *algemeen verbindend verklaren* van convenanten (waarover bij wettelijke geconditioneerde zelfregulering; § 5.6.5.2).

5.6.4 Algemene voorwaarden van de overheid

Een ander alternatief voor wettelijke voorschriften vormen de standaardovereenkomsten van de overheid.¹⁶⁶ Standaardovereenkomsten heten in de terminologie van het BW 'algemene voorwaarden'. Het gebruik van algemene voorwaarden door de overheid komt op vrij grote schaal voor. Te denken valt onder meer aan het verrichten van diensten (bijvoorbeeld onderwijs, openbaar vervoer), de levering van energie (water, elektriciteit e.d.) en het verstrekken van subsidies met behulp van een (standaard) uitvoeringsovereenkomst.

In het verlengde van de privatiseringsgolf is ook het gebruik van algemene voorwaarden toegenomen. Waar de overheid veelal de keuze heeft tussen wettelijke regels en algemene voorwaarden resteert voor de geprivatiseerde instellingen uiteraard alleen de privaatrechtelijke regelstelling.

¹⁶⁶ F.J. van Ommeren, 'Algemene voorwaarden als wetgevingsalternatief', in F.J. van Ommeren e.a., *Overheid en burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 86 e.v.

Het is van belang in het oog te houden dat algemene voorwaarden regels zijn met een algemene strekking. Zij zijn immers vatbaar voor herhaalde toepassing. De gebruiker – hier: de overheid – kan de overeenkomst op verschillende burgers (bedrijven en instellingen daaronder begrepen) toepassen. Dat is immers wezenlijk voor het standaardkarakter.

Onder bijzondere omstandigheden kan de overheid besluiten een overeenkomst met (ten dele) een andere inhoud dan de standaardovereenkomst te sluiten. Maar *afwijken* van de algemene voorwaarden door de overheid is vrij moeilijk, vanwege de binding van de overheid aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die immers – ingevolge artikel 3:14 BW – ook op privaatrechtelijk overheidshandelen van toepassing zijn. In het bijzonder valt te denken aan het rechtsgelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. De burger mag erop vertrouwen dat de overheid in beginsel haar eigen algemene voorwaarden hanteert en daarvan niet afwijkt. Dat ligt anders voor andere gebruikers dan de overheid: zij kunnen gemakkelijker afwijken van hun eigen algemene voorwaarden.

Naar mijn mening is de bindende kracht van algemene voorwaarden voor de overheid als gebruiker zeer goed vergelijkbaar met de bindende kracht van beleidsregels. De overheid heeft een afwijkingsbevoegdheid, maar die is zeer stringent, men zie artikel 4:84 Awb.

Afdeling 6.5.3 BW bevat een regeling die voorschriften geeft over de geoorloofdheid van de inhoud en de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. Deze afdeling is ook van toepassing op algemene voorwaarden die afkomstig zijn van de overheid.

De verschillen tussen algemeen verbindende voorschriften en algemene voorwaarden zijn juridisch gezien vrij groot. Bij de eerste gaat het om publiekrechtelijke regels die eenzijdig worden opgelegd, bij de tweede gaat het om privaatrechtelijke 'regels' waarvan de gelding door een wederpartij is aanvaard.

Algemeen verbindende voorschriften en algemene voorwaarden verschillen juridisch op vier belangrijke punten:

- Algemeen verbindende voorschriften binden van rechtswege, terwijl algemene voorwaarde binden door de aanvaarding ervan.
- De overheid is volledig gebonden aan algemeen verbindende voorschriften, terwijl de overheid als gebruiker van haar algemene voorwaarden onder bijzondere omstandigheden mag afwijken.
- Algemeen verbindende voorschriften behoren tot het recht in de zin van artikel 79 Wet RO. Voor algemene voorwaarden geldt dat niet.¹⁶⁷
- De inhoud van algemeen verbindende voorschriften wordt door de rechter slechts marginaal beoordeeld, wil hij überhaupt al aan een inhoudelijke beoordeling toekomen.¹⁶⁸ De geoorloofdheid van de inhoud van algemene voorwaarden wordt door de rechter verregaand beoordeeld, in het bijzonder aan de hand van de zogeheten zwarte en grijze lijsten van afdeling 6.5.3 BW.

167 HR 11 november 1960, NJ 1960, 599 (*Vaalse elektriciteitsverordening*); HR 10 januari 1992, AB 1992, 282, m.nt. FHvdB, NJ 1992, 670, m.nt. MS (*Scheffers / Utrecht*) en HR 5 februari 2010, NJ 2010, 242, Gst. 2010, nr. 7343, 105, m.nt. L.J.M. Timmermans (*Willems / Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier*).

168 HR 16 mei 1986, AB 1986, 574, m.nt. PvB, NJ 1987, 251, m.nt. MS (*Landbouwwliegers-arrest*).

De keuze voor een algemeen verbindend voorschrift of een regeling met algemene voorwaarden is tot op zekere hoogte een kwestie van *reguleringstechniek*. Hoewel formeel-juridisch de verschillen tussen algemene voorwaarden en wettelijke regels tamelijk groot zijn, worden door de burger de verschillen vaak niet opgemerkt. Hij ziet meestal niet het verschil tussen de ene en de andere soort regel. Dit is bij uitstek het geval als op één overheidsformulier een heffing wordt geheven die ten dele voortvloeit uit verplichtingen die bij algemene voorwaarden zijn aangegaan en ten dele uit algemeen verbindende voorschriften. Het maakt de burger – de juridische leek – ook niet zoveel uit of hij met wettelijke voorschriften of algemene voorwaarden wordt geconfronteerd; hij ervaart beide als opgelegd.¹⁶⁹

Gemeenten plegen meer en meer allerlei heffingen op één formulier samen te brengen. Dat kan variëren van lokale belastingen tot de inning van de betalingen voor de kabel.

In de praktijk is het niet steeds gemakkelijk om wettelijke voorschriften en algemene voorwaarden uit elkaar te houden. Dit wordt nog versterkt door een juridisch wat complex fenomeen: het wettelijke voorschrift waarin algemene voorwaarden zijn *opgenomen*. Wettelijke voorschriften bevatten in de regel algemeen verbindende voorschriften. Zij kunnen echter ook algemene voorwaarden bevatten. Met name bij gemeentelijke verordeningen komt dat wel eens voor. In een klassiek arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat algemene voorwaarden die zijn opgenomen in een verordening niet als wetgeving in materiële zin mogen worden aangemerkt.¹⁷⁰

5.6.5 Zelfregulering

5.6.5.1 Zelfregulering in algemene zin

Regels van zelfregulering kunnen zich in allerlei verschillende vormen en gedaanten voordoen. Het kan gaan om protocollen, gedragscodes, algemene voorwaarden, (milieu)bedrijfsplannen,¹⁷¹ statuten etc. Kenmerkend voor zelfregulering is dat de regels niet door de overheid maar door anderen zijn vastgesteld en dat het om algemene regels gaat.

Algemene regels zijn regels die voor herhaalde toepassing vatbaar zijn. Eenmalige beslissingen in een organisatie worden niet als zelfregulering aangemerkt, maar een protocol – bijvoorbeeld een behandelingsprotocol in een ziekenhuis – wel, want dat heeft algemene strekking: het protocol kan immers op meerdere patiënten worden toegepast. Een contract tussen twee of meer partijen is geen zelfregulering, want dat is niet algemeen van aard. Algemene voorwaarden in de zin van het BW (met andere woorden: standaardvoorwaarden) zijn dat wel. Men spreekt hier zelfs wel van

169 F.A.J. Gras, *De sociale werkelijkheid van het standaardkontraat. Een rechtssociologisch onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam; Kobra 1984.

170 HR 11 november 1960, NJ 1960, 599 (*Vaalse elektriciteitsverordening*).

171 Waarover: R.A.J. van Gestel, *Zelfregulering, milieuzorg en bedrijven* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

'particuliere wetgeving'.¹⁷² Algemene voorwaarden die door de overheid worden gebruikt zijn echter – uit de aard der zaak – geen voorbeeld van zelfregulering.

Het is evident dat zelfregulering aansluit bij de benadering van regeldrukvermindering waarin de nadruk wordt gelegd op de verhouding tussen overheid en de samenleving en de wijze waarop de *verantwoordelijkheden* daartussen zijn verdeeld.

In de begripsomschrijving die Giesen geeft, staat de term 'verantwoordelijkheid' zelfs centraal: 'Alternatieve regelgeving – dat is bij deze auteur een synoniem voor zelfregulering – houdt in dat maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijkheid nemen voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van de regels, indien nodig binnen een wettelijk of rechterlijk kader'.¹⁷³ Mijn bezwaar tegen zijn benadering is overigens dat hij ook *rechters*regelingen als zelfregulering aanmerkt. Dat lijkt mij onjuist omdat, kort gezegd, de rechter tot de overheid behoort. Bovendien is het complicerend om twee zozeer verschillende verschijnselen onder één noemer te bespreken.

Een wezenlijk verschil tussen overheidsregelgeving en zelfregulering is de wijze waarop deze regels worden *gelegitimeerd*. Immers, de legitimatie van zelfregulering is niet terug te voeren op de formeel-democratische basis waarop de regels van overheidswege in beginsel berusten en de staatsrechtelijke waarborgen die voor overheidsregels gelden. Bij het erkennen of rekening houden met regels van zelfregulering rijzen dan ook stevast vragen over de representativiteit, de wijze van gelding, de totstandkomingsprocedure, de reikwijdte, de toezichthoudende en arbitrerende instanties, etc.

Ter voorkoming van misverstanden is het van belang om op te merken dat om van zelfregulering te kunnen spreken het niet noodzakelijk is dat deze regels in rechte *afdwingbaar* zijn. Juist bij zelfregulering ligt het niet in de rede de afdwingbaarheid uitsluitend via de band van de overheidsrechter te laten lopen. Weliswaar kan dat het geval zijn, maar van zelfregulering is ook sprake indien de regels in de praktijk uit sociale of economische motieven worden gevolgd en de nakoming ervan niet bij de rechter kan worden afgedwongen. Ook dan is zelfregulering voor de wetgever zeer belangrijk.

Men is bijvoorbeeld niet verplicht zich aan technische specificaties die zijn neergelegd in normalisatienormen te houden. Maar bedrijven die dat niet doen lopen grote kans veel klanten mis te lopen. (Normalisatienormen zullen, als een specifieke vorm van zelfregulering, hierna meer uitvoerig aan de orde komen.)

Dat regels van zelfregulering dikwijls niet in rechte afdwingbaar zijn, sluit echter niet uit dat zij toch een bepaalde rol bij de rechter spelen. Met andere woorden: zelfs wanneer zij niet bij de rechter afdwingbaar zijn, kan de rechter er toch een bepaalde

172 Vgl. M.H. Bregstein, *Verzameld werk*, deel II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1960, p. 739, H.J. Sluiter, *Standaardcontracten. De grenzen van de particuliere wetgever*, Deventer: Kluwer 1972, p. 8 en R.H.C. Jongeneel, *De Wet algemene voorwaarden en het AGB-Gesetz* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1991, p. 36.

173 I. Giesen, 'Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen', in: *Alternatieve regelgeving* (preadvies NJV 2007), p. 77.

betekenis aan toekennen. Het zijn sociale regels die *juridische relevantie* kunnen krijgen. Hun gewicht neemt daardoor zeer toe. Buiten kijf staat dat deze regels voor de rechter een belangrijke *kenbron* zijn van de normen die gelden in de betrokken sector. Maar zijn zij ook een directe bron van recht, met andere woorden: een *rechtsbron*? In de literatuur wordt dit wel betoogd.

In de privaatrechtelijke literatuur wordt uitvoerig stilgestaan bij de betekenis die aan dit soort regels door de rechter moet worden toegekend. Giesen heeft er in zijn NJV-preadvies een lans voor gebroken zelfregulering onder voorwaarden als rechtsvormend aan te merken, waarbij hij overigens wel blijft onderkennen dat de wetgever en de rechter de belangrijkste rechtsvormers zijn.¹⁷⁴

Het is vrijwel ondoenlijk in algemene zin te zeggen onder welke omstandigheden zelfregulering is aangewezen. Aan de toepassing ervan kunnen zowel voor- als nadelen kleven. Veel belangrijker dan de voor- en nadelen is mijns inziens dan ook dat zelfregulering voor het te reguleren onderwerp of de te reguleren sector uitdrukking geeft aan een bepaalde visie op de verhouding tussen overheid en samenleving waarin de vervulling van de publieke taak niet alleen aan de overheid wordt toegedacht.

Niettemin is in de literatuur op een enkele plaats wel een overzicht gemaakt van mogelijke voor- en nadelen van (wettelijk geconditioneerde) zelfregulering.¹⁷⁵ Sommige van de hierboven genoemde aspecten keren in wat andere termen terug; dat geldt in het bijzonder voor (de gevolgen van) de gebrekkige legitimatie van zelfregulering.

Eijlander noemt de volgende mogelijke voordelen:

- de betere *aansluiting* van de regels op het handelingsperspectief van de betrokkenen;
- de grotere *bereidheid tot naleving* van de zelf gestelde regels;
- de geringere *uitvoeringslasten* voor de overheid;
- de *nauwere band* tussen het nemen van beslissingen en het dragen van de gevolgen daarvan;
- de *grotere betrokkenheid* van burgers en maatschappelijke organisaties bij het desbetreffende onderwerp, vanwege de toegenomen mogelijkheid om zelf in ruimere mate richting te geven aan het gedrag.

En de volgende mogelijke nadelen:

- de toenemende macht van de sterkste of de best georganiseerde;
- de mogelijk beperkte doordringbaarheid van de zelfreguleringscollectiviteit of -instantie voor geluiden of impulsen uit de buitenwereld;
- de daling van het niveau van de regulering;
- de beperkte afdwingbaarheid van de (groeps)regels;
- de (soms) onnodige verschillen in regelgeving;
- de toenemende uitvoeringslasten voor burgers en maatschappelijke organisaties.

174 Giesen 2007, p. 116 e.v. Veel voorzichtiger, maar vragenderwijs in dezelfde richting gaat Asser-Vranken, *Algemeen deel* ***, Deventer: Kluwer 2005, p. 79 e.v.

175 Zie met name Eijlander 1993, p. 231, alwaar dit overzicht uitsluitend betrekking had op *wettelijk geconditioneerde* zelfregulering. In Eijlander & Voermans 1999, p. 75 keert dit overzicht terug maar zijn de woorden 'wettelijk geconditioneerd' tussen haakjes geplaatst; zie ook Schlössels & Zijlstra 2010, p. 727-728 die bij dit overzicht enige kritische kanttekeningen plaatsen. Zie voor een ander overzicht met voor- en nadelen: G.J. Veerman, *Over wetgeving: principes, paradoxen en praktische beschouwingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 261-262.

Vanuit wetgevingsperspectief is het gebruikelijk te onderscheiden tussen drie soorten van zelfregulering, waarbij de mate van betrokkenheid van de wetgever varieert.¹⁷⁶ In de eerste plaats is er de *vrije* of *zuivere* zelfregulering. Bij deze variant speelt de wetgever in het geheel geen rol. Hij stelt zich neutraal op tegenover de inhoud van de opgestelde gedragsregels, zolang ze maar niet in strijd zijn met de geldende rechtsregels. In de tweede plaats is er de tussenvariant, die wel wordt aangeduid als *vervangende* zelfregulering. Bij de tussenvariant speelt de wetgever op de achtergrond een rol: de mogelijkheid dat met wettelijke maatregelen kan worden ingegrepen, fungeert bij de betrokkenen als stok achter de deur om enige vorm van zelfregulering tot stand te brengen. De wetgever oefent aandrang uit om tot zelfregulering te komen en vervult zelf dus een reservefunctie. Bij de derde en laatste variant grijpt de wetgever uitdrukkelijk in. Deze variant wordt aangeduid als *wettelijk geconditioneerde*¹⁷⁷ of *wettelijk gestructureerde*¹⁷⁸ zelfregulering. De wetgever vervult ten opzichte van de zelfregulerende regels een complementaire functie, die kan bestaan uit het (slechts) stellen van randvoorwaarden maar soms ook uit het versterken van de werking van de zelfregulerende normen doordat hij bepaalde rechtsgevolgen aan de zelfregulering verbindt.

Bij vrije en vervangende zelfregulering is volledig sprake van een wetgevingsalternatief. Bij wettelijk geconditioneerde of wettelijk gestructureerde zelfregulering kan de wetgever op verschillende manieren ingrijpen. De belangrijkste varianten daarvan komen hierna aan de orde (par. 6.5.2.).

Ik heb het hier tot nu toe alleen gehad over zelfregulering in de zin van *regelstelling* door niet-overheden. Van zelfregulering in ruimere zin maakt ook deel uit het *toezicht* op de naleving van de particuliere regels en ook de *handhaving* ervan. Het toezicht in het kader van zelfregulering vindt vaak plaats door certificatie-instellingen, waarover § 5.6.5.4.

Reeds in de eerste juridische dissertatie over dit onderwerp werd ook het toezicht onder zelfregulering begrepen. Overigens noemt deze auteur niet uitdrukkelijk de handhaving, terwijl die toch ook in particuliere handen kan (niet: moet) liggen.¹⁷⁹

176 De indeling stamt van L.A. Geelhoed, 'Deregulering, herregulering en zelfregulering', in: Ph. Eijlander, P.C. Gilhuis & J.A.F. Peters (red.), *Overheid en zelfregulering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 49-50. Zie ook Ph. Eijlander, 'Zelfregulering in soorten en maten', in: Ph. Eijlander e.a. (red.) *Wetgeven en de maat van de tijd*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 100 e.v., die Geelhoeds onderverdeling iets nader uitwerkt. Volledigheidshalve: Geelhoed noemde als vierde soort van zelfregulering de convenanten, waarbij de overheid en een private partijen *samenwerken*.

177 De term is gemunt door de WRR in zijn rapport *Rechtshandhaving*, Den Haag 1988, p. 48-49 (WRR-rapport nr. 35).

178 Zie voor deze term in het bijzonder reeds de nota *Zicht op Wetgeving, Kamerstukken II 1999/91*, 22 008, nrs. 1-2, p. 51.

179 M. van Driel, *Zelfregulering. Hoog opspelen of thuisblijven* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1989, p. 2. Zie, uit velen, ook Eijlander 1993, p. 181.

5.6.5.2 Wettelijk geconditioneerde zelfregulering

De wetgever beschikt over verschillende technieken om zelfregulering te stimuleren. Ik benadruk – ook hier – dat het vooral een kwestie is van techniek, wetgevings-techniek. Het is aan de wetgever om de zelfregulering van een wettelijk kader te voorzien. Zoals gezegd, is het gangbaar in dat geval te spreken over *wettelijk geconditioneerde* of *wettelijk gestructureerde* zelfregulering.

Zonder volledigheid te pretenderen worden hier vier van die technieken genoemd:¹⁸⁰

- het bieden van een *structuur* voor de *ontwikkeling* van zelfregulering;
- het *erkennen* van de normerende werking van zelfregulering;
- het eisen van *verantwoording bij afwijking* van de zelfregulering;
- het *binden* van de betrokkenen en het binden van derden.

De volgorde in dit overzichtje is bewust gekozen: de technieken lopen van licht naar zwaar. Het bieden van een structuur is een zeer lichte overheidsinterventie die de betrokkenen nauwelijks raakt: men kan gebruik maken van de aangeboden structuur, maar het hoeft niet.

Een voorbeeld van het bieden van een structuur biedt de standaardregeling van artikel 6:214 BW.¹⁸¹ Standaardregelingen zijn regels die van rechtswege op een overeenkomst van toepassing zijn. Zij zijn bestemd te gelden voor bijzondere soorten van overeenkomsten die worden gesloten in bepaalde bedrijfstakken of beroepsgroepen. Een standaardregeling wordt vastgesteld, gewijzigd en ingetrokken door een daartoe speciaal benoemde commissie¹⁸² en moet door de Kroon worden goedgekeurd.

Iets verder gaat het wettelijk erkennen van de normerende werking van zelfregulering. Doordat de wetgever zegt dat bij de invulling van een abstracte wettelijke term bepaalde vormen van zelfregulering, zoals de standaarden van beroeps- of bedrijfsorganisaties, in acht moeten worden genomen, winnen die standaarden aan gewicht en betekenis.

Een voorbeeld biedt artikel 7:453 BW. Ingevolge die bepaling moet de medische hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een 'goed hulpverlener' in acht nemen. Uit het artikel vloeit voort dat voor de invulling van het goed hulpverlenerschap gekeken dient te worden naar 'de voor hulpverleners geldende professionele standaard'. De algemeen aanvaarde standaarden van medisch handelen, die door de beroepsgroep zelf plegen te worden opgesteld, normeren langs deze weg de invulling van het wettelijk voorgeschreven goed hulpverlenerschap.

Een ander voorbeeld biedt artikel 25 Wet bescherming persoonsgegevens, op grond waarvan een organisatie die voornemens is een gedragscode vast te stellen, het College bescherming

¹⁸⁰ Ik baseer dit overzicht, met een kleine afwijking, op M. Bouwes, 'Privaat recht en publiek belang', in: M. Abels e.a., *Buitengewoon in dienst. Een decennium wetgeving* (Roes-bundel), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 58, waaraan ik ook de meeste hierna genoemde voorbeelden ontleen.

¹⁸¹ Het eindresultaat is, door deze constructie, strikt genomen geen zelfregulering meer, want de standaardregeling heeft het karakter van een wet in materiële zin. Anders: Giesen 2007, p. 80.

¹⁸² Men zie de Wet commissies standaardregelingen (*Stb.* 1989, 567).

persoonsgegevens kan verzoeken te verklaren dat de in haar code opgenomen regels een juiste uitwerking vormen van de Wet bescherming persoonsgegevens of van andere wettelijke bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens.¹⁸³

Meer ingrijpend voor betrokkenen is het als de wet hen dwingt het afwijken van de norm publiekelijk te moeten verantwoorden.

Een bekend voorbeeld van het eisen van verantwoording bij afwijking van de regeling biedt de code Tabaksblad, die wettelijk is verankerd in een amvb die gebaseerd is op artikel 2:391, vijfde lid, BW. Ingevolge artikel 2:391, vijfde lid, BW kunnen bij amvb nadere voorschriften worden gesteld omtrent de inhoud van het jaarverslag. Deze voorschriften kunnen in het bijzonder betrekking hebben op naleving van een in de amvb aan te wijzen gedragscode en op de inhoud, de openbaarmaking en het accountantsonderzoek van een verklaring inzake corporate governance. De code Tabaksblad (officieel: de Nederlandse corporate governance code) is bij amvb aangewezen als een gedragscode bedoeld in de zin van deze bepaling.¹⁸⁴ Deze amvb schrijft voor dat indien de vennootschap de principes of *best practice* bepalingen van de aangewezen gedragscode niet heeft nageleefd of niet voornemens is deze in het lopende en daaropvolgende boekjaar na te leven, zij daarvan in het jaarverslag gemotiveerd opgave doet. Met andere woorden: de amvb codificeert de 'pas toe of leg uit'-regel.¹⁸⁵

Het binden van partijen en derden is de meest zware interventie waarvoor de wetgever kan kiezen. Niet alleen degenen voor en door wie de regeling primair is opgesteld worden aan de regeling onderworpen, maar ook derden. Het oogmerk van het binden van derden is *free-rider* gedrag te voorkomen.

Een bekend voorbeeld van het wettelijk binden van partijen vormt het cao-recht. Voor het binden van derden is in dat verband de geijkte methode het algemeen verbindend verklaren. Een tamelijk bijzonder voorbeeld vormt de algemeenverbindendverklaring van overeenkomsten over afvalbeheersbijdragen op grond van artikel 15.36 Wet milieubeheer.¹⁸⁶ Te denken valt ook aan het wettelijk binden aan normalisatienormen (waarover § 5.6.5.3).

Los van de intensiteit, kan het verband tussen de wettelijke regeling en de regel van zelfregulering technisch op verschillende manieren worden gelegd. De twee belangrijkste methoden zijn de incorporatie en de verwijzing. Van *incorporatie* is sprake als de inhoud van de regels in wettelijke voorschriften wordt overgenomen. Van *verwijzing* is, uiteraard, sprake als in het wettelijk voorschrift naar de regel wordt verwezen.

183 Vgl. ook de voorloper van de Wbp, waarover: G. Overkleef-Verburg, *De Wet persoonsregistraties* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 123 e.v.

184 Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag (*Stb.* 2004, 747; nadien gewijzigd).

185 Kritisch over deze combinatie van wettelijk geconditioneerde zelfregulering en delegatie in een amvb zijn: J.B. Huizink, A.J.M. Klein Wassink & S.E. Zijlstra, 'De Nederlandse corporate governance code in de wet: statisch, dynamisch of problematisch?', *NJB* 2004, p. 425 e.v.

186 Waarover: A.B. Blomberg & F.C.M.A. Michiels, 'De Wet verwijderingsbijdragen: een voorbeeld van geconditioneerde zelfregulering', in: T.J. van der Ploeg, H.J. de Ru & J.W. Sap, *In plaats van overheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 217 e.v. en M.J. Dresden, *Algemeenverbindendverklaring van overeenkomsten in het milieubeleid* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 141 e.v.

In de Aanwijzingen voor de regelgeving worden twee manieren van verwijzen onderscheiden: de statische en de dynamische (Ar 92). Van *statische* verwijzing is sprake indien wordt verwezen naar de inhoud van normen zoals zij op een gegeven tijdstip luiden. Verwezen wordt daarvoor naar een specifieke versie van de regeling. Van *dynamische* verwijzing is sprake indien de verwijzing mede betrekking heeft op de wijzigingen die de regeling in de loop der tijd zal blijken te ondergaan. De verwijzing heeft betrekking op de regeling in het algemeen, ook zoals zij er in de toekomst zal gaan uitzien. Aan beide technieken kleven voor- en nadelen. Een nadeel van statische verwijzing is de geringe flexibiliteit. Kenmerkend voor statische verwijzing is dat iedere wijziging van de door middel van zelfregulering opgestelde regels aanpassing van de wettelijke regeling vergt, tenzij bewust wordt besloten om de maatschappelijke ontwikkeling niet verder te volgen maar te fixeren. Daar staat het voordeel van de rechtszekerheid tegenover. Statische normen zijn gemakkelijker kenbaar. Deze kenmerken van de statische verwijzing gelden eveneens voor de incorporatie. Voor de dynamische verwijzing geldt dit alles niet. Met een dynamische verwijzing geeft de wetgever echter veel invloed en zeggenschap uit handen: niet zeker is immers hoe de bewuste regeling in de toekomst zal luiden. Door een dynamische verwijzing wordt de wetgever sterker geconfronteerd met de legitimiteit van de zelfregulering.

Wat de verwijzing naar regels van zelfregulering betreft, wordt in de Aanwijzingen een voorkeur voor de *statische* verwijzing uitgesproken (toelichting bij Ar 92 lid 2). De Ideeën nemen als uitgangspunt dat een verwijzing *dynamische* verwijzing impliceert. Daarbij zij opgemerkt dat zelfregulering in de gehele Igr niet uitdrukkelijk voorkomt en dat het uitgangspunt van dynamische verwijzing waarschijnlijk is gestoeld op de veronderstelling dat referenties verwijzingen naar overheidsregelingen betreft. De technieken van de statische en de dynamische verwijzing hebben uiteraard niet alleen betrekking op de verwijzing naar regels van zelfregulering. In wetgeving wordt met name ook naar andere wettelijke en verdragsrechtelijke regels verwezen. Zie hoofdstuk ...

5.6.5.3 Normalisatie: technische normen

Een bepaald type regels van zelfregulering waaraan hier nog speciale aandacht wordt besteed, omdat zij in de praktijk wat hun werking betreft nogal lijken op wettelijke voorschriften, zijn de normalisatienormen. Bovendien worden zij in de praktijk ook als reguleringstechniek gebruikt door de wetgever, namelijk door in wettelijke voorschriften naar normalisatienormen te verwijzen.

In de praktijk van het wetgevingsbeleid is het gebruikelijk normalisatie te zien als een vorm van zelfregulering; vgl. bijvoorbeeld de toelichting bij Ar 8. In de literatuur wordt hierover verschillend gedacht. Met name Stuurman neemt een terughoudend standpunt in. Hij meent dat geen sprake is van (zuivere) zelfregulering omdat het volgen van de normen rechtens niet verplicht is en bovendien hier geen sprake is van sanctionering door de organisaties die de normen opstellen.¹⁸⁷ Het verschil in inzicht vloeit mijns inziens niet voort uit een andere beoordeling van het fenomeen normalisatie, maar van een iets andere kijk op zelfregulering. Van een dergelijke vrij beperkte omschrijving van zelfregulering hoeft niet te worden uitgegaan; vanuit een wetgevingsperspectief ligt dat ook niet in de rede (zie boven).

187 C. Stuurman, *Technische normen in het recht* (diss. Amsterdam VU) 1995, p. 144.

Normalisatienormen zijn technische normen die worden afgesproken met het oog op de afstemming van producten en productieprocessen op de aanwezige vraag. In plaats van over 'norm' en 'normalisatie' spreekt men in dit verband ook wel over 'standaard' en 'standaardisatie'.¹⁸⁸

De termen 'normen' en 'standaarden' zijn hier synoniemen. Voor (wetgevings)juristen is het wellicht even wennen dat de term 'norm' hier in de andere betekenis wordt gebruikt dan in het recht gebruikelijk. Een juridische norm drukt immers een 'behoren' of een 'moeten' uit. Dat doen deze technische normen echter niet. Normalisatienormen zijn feitelijke afspraken waaraan men zich uit eigen beweging mag houden maar juridisch beschouwd moet dat niet. Zij binden feitelijk op sociale of economische gronden.

Onderscheid moet worden gemaakt tussen de *facto* normalisatie en formele normalisatie.¹⁸⁹ *Formele* normen worden opgesteld door speciaal daartoe ingestelde normalisatie-instellingen. In Nederland zijn er twee normalisatie-instellingen, het Nederlands Normalisatie-instituut (NEN), en het Nederlands Elektronisch Comité (NEC). Beide instellingen maken geen deel uit van de overheid.¹⁹⁰ Ook de drie Europese normalisatie-instellingen – het Comité Européen de Normalisation (CEN), het Comité de Normalisation Electrotechnique (CENELEC) en het European Telecommunications Standards Institute (ETSI) – zijn private instellingen. Dat geldt ook voor twee van de drie belangrijkste internationale normalisatie-instellingen, de International Organization for Standardization (ISO) en de International Electrotechnical Commission (IEC). *De facto* normalisatie geschiedt op uiteenlopende manieren; er is daarvan sprake als de normalisatie niet door deze erkende instellingen geschiedt.¹⁹¹

Van een formele normalisatienorm is sprake indien de norm tot uitdrukking wordt gebracht in een geschreven document dat door een bevoegde of erkende instantie is goedgekeurd.¹⁹² Het document bevat algemene regels, dat wil zeggen dat de norm bestemd is voor herhaald of continu gebruik. Wezenlijk is dat het document wordt opgesteld volgens een methode waarbij een beroep wordt gedaan op de instemming van alle betrokken partijen, alsmede in het belang van allen wordt opgesteld.

De toepassing van de normalisatienorm is doorgaans niet verplicht. Het zijn sociale en economische beweegredenen die betrokkenen er toe stimuleren deze normen in acht te nemen.

Het schoolvoorbeeld vormt de productie van stopcontacten en stekkers. Een onderneming kan voor een bepaald land wel stopcontacten en stekkers produceren die afwijken van de aldaar geldende technische normen, maar zinvol is dit niet. Zij zal ze aan de straatstenen niet kwijtraken.

188 Vgl. Stuurman 1995, p. 15.

189 Stuurman 1995, p. 16-17 en G.J.M. Evers, *Blind vertrouwen? Een onderzoek naar de toepassing van certificatie ten dienste van de handhaving van wettelijke voorschriften* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 16.

190 In veel landen is dat anders.

191 Stuurman 1995, p. 16-17 en Evers 2002, p. 16.

192 De navolgende omschrijving is, met enige wijzigingen, gebaseerd op Evers 2002, p. 16.

Een wezenlijk aspect van formele normalisatie is dat het document voor het publiek verkrijgbaar is. Een belangrijk verschil met overheidsregelgeving is dat deze normen echter niet vrij verkrijgbaar zijn: zij dienen in de regel tegen betaling van een aanzienlijk bedrag bij een normalisatie-instituut te worden aangeschaft. Dat voor de aankoop van normalisatienormen moet worden betaald, is in zoverre goed begrijpelijk dat het opstellen van dit soort normen veel kennis, menskracht, tijd en geld kost.

In § 5.1 kwam al aan de orde dat het stimuleren van zelfregulering bij uitstek past bij een bepaalde visie op de verhouding tussen overheid en samenleving en de wijze waarop de verantwoordelijkheden daartoe moeten worden verdeeld. Dit soort technische normen illustreert, als bijzondere vorm van zelfregulering, op welke wijze hier ook de *economische ideologie* een rol speelt. De hamvraag is aan wie de taak om dit soort normen tot stand te brengen, moet worden toebedeeld: is dat de markt of is dat de overheid? Is het opstellen van dit soort technische normen een publieke taak? Daarover wordt verschillend gedacht. In Nederland is relatief veel aan de markt toebedeeld, waardoor de normalisatienormen als een vorm van zelfregulering naar verhouding meer voor het voetlicht komen.

Dat brengt ons ook op de remedie van de verantwoordelijkheidsverdeling. Een belangrijk gezichtspunt bij de taak- of verantwoordelijkheidsverdeling is dat de wetgever en de daarbij horende ondersteuning ten ene male over onvoldoende kennis beschikken om zelf deze normen op te stellen.¹⁹³ Daarbij speelt mee dat dit soort normen in hoog tempo aan wijziging onderhevig is. De wetgever zou al snel achter de feiten aan lopen. In een samenleving als de onze, die ook wat haar juridische infrastructuur betreft steeds meer evolueert tot een netwerksamenleving,¹⁹⁴ ligt het minder voor de hand dit soort zaken bij één centrale instelling, overheid genaamd, neer te leggen. Kenmerkend voor een netwerksamenleving is nu juist dat er niet één hoogste autoriteit is die de normen stelt.¹⁹⁵

Juist ook bij normalisatie rijzen veel vragen over de *legitimiteit* van de normen. Zoals gezegd, is kenmerkend voor formele normalisatie dat de norm wordt opgesteld volgens een methode waarbij een beroep wordt gedaan op de instemming van alle betrokken partijen en dat de norm mede gericht is op het belang van allen. In de praktijk valt dat niet mee. Er doen zich in de praktijk allerlei onevenwichtigheden voor.

Beschouwd vanuit de beginselen van de democratische rechtsstaat vertonen normalisatienormen nogal wat tekortkomingen. In de literatuur is het formele normalisatieproces wel vergeleken met het wetgevingsproces. Zoals te verwachten, blijken er zo gezien nogal wat punten van kritiek te zijn.¹⁹⁶ Maar aangezien normalisatie een vorm van zelfregulering is, is het niet zonder meer vanzelfsprekend dat deze normen aan de beginselen van de democratische rechtsstaat en meer in het bijzonder aan de wetgevingskwaliteitseisen moeten voldoen.

193 Met name de WRR hamert – terecht – op dit punt. Zie: *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag 2002, p. 242-243 (rapport nr. 63) en iets eerder: *Van oude en nieuwe kennis*, Den Haag 2002 (rapport nr. 61).

194 Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, *Netwerken van rechtsontwikkeling* (preadvies CJV), Utrecht: Lemma 1999.

195 H.R. van Gunsteren, heeft reeds vroeg de klassieke manier van normstellen bekritiseerd, zie *The Quest for control, A critique of the rational-central-rule approach in public affairs*, London: Wiley 1976.

196 Stuurman 1995, p. 161 e.v.

In de literatuur is er uitdrukkelijk op gewezen dat: 'Niet iedere belanghebbende de keuze zal (kunnen) maken om zijn schaarse middelen voor het normalisatieproces aan te wenden. Dit kan tot gevolg hebben dat de meest betrokken, best georganiseerde, meest deskundige of kapitaalkrachtigste groep een zware stempel op het normalisatieproces weet te drukken.'¹⁹⁷ Vooral de mondialisering van de economie speelt hierin een rol. Voorheen nam een land veelal niet deel aan de stemmingsronde als het een standaard betrof die voor dat land toch geen relevantie had. Inmiddels proberen belanghebbenden in het standaardisatieproces zoveel mogelijk landen en dus stemmen voor zich te winnen.¹⁹⁸

Een (extreem?) voorbeeld biedt het verzoek van Microsoft om Microsoft's Office Open XML (OOXML) tot ISO-standaard te verklaren. In Zweden probeerde Microsoft de leden van het nationale standaardcomité om te kopen.¹⁹⁹

In wettelijke voorschriften en overeenkomsten wordt meer dan eens *verwezen* naar formele normalisatienormen. Normalisatienormen – met name de formele – moeten uitdrukkelijk worden onderscheiden van wettelijke voorschriften, beleidsregels, algemene voorwaarden en de facto normalisatienormen. De wetgever wordt geconfronteerd met de keuze tussen deze en andere soorten regels of een combinatie daarvan door middel van het stellen van wettelijke condities. Daarbij dienen uitdrukkelijk de kosten die het opstellen van dit soort normen met zich brengt, de rol van de markt en de (gebrekkige) legitimatie van dit soort normen te worden betrokken.

Zoals gezegd, zijn normalisatienormen niet vrij verkrijgbaar. Lange tijd bestond er onduidelijkheid over het antwoord op de vraag hoe het zit met deze betalingsverplichting als de wetgever naar normalisatienormen heeft *verwezen*. Algemeen verbindende voorschriften moeten ingevolge de Bekendmakingswet algemeen bekend worden gemaakt en dienen ingevolge de Auteurswet (art. 11) vrij van auteursrecht te zijn. Normalisatienormen, zoals NEN-normen, zijn echter geen algemeen verbindende voorschriften maar een vorm van zelfregulering. Voor normalisatienormen geldt precies het omgekeerde: deze normen hoeven niet algemeen bekend te worden gemaakt en er rust juist wel auteursrecht op. Zijn normalisatienormen waarnaar de wetgever heeft verwezen, eveneens vrij van auteursrecht? Daarvoor zouden zij – op grond van de wettelijke verwijzing – eveneens als algemeen verbindende voorschriften moeten worden aangemerkt.²⁰⁰ In de rechtspraak is evenwel overwogen dat normalisatienormen, ook voor zover daarnaar in wetgeving wordt verwezen, niet

197 Evers 2002, p. 19.

198 C. Prins, 'Microsoft en de legitimiteit van ISO-standaardisatie', *NJB* 2007, p. 2287.

199 Prins 2007, p. 2287.

200 In de literatuur werd hierover meer dan een decennium lang verschillend gedacht. M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, p. 71, stelt zich op het standpunt dat dit soort normalisatienormen als algemeen verbindende voorschriften moet worden aangemerkt. Zij is hierin – terecht – bestreden door G.J.M. Evers, 'Een normalisatienorm is geen algemeen verbindend voorschrift', *NJB* 1999, p. 1814-1815, met naschrift van Elferink op p. 1815-1816.

kunnen worden aangemerkt als algemeen verbindende voorschriften.²⁰¹ Derhalve dient voor de kennisname van normalisatienormen te worden betaald, ook als in wetgeving naar deze normen is verwezen.

De Afdeling bestuursrechtspraak acht de kenbaarheid van normalisatienormen waarnaar in wetgeving is verwezen, voor *bedrijven* ook voldoende verzekerd wanneer zij tegen redelijke betaling kunnen worden aangeschaft. Voor *burgers* – voor wie de koopprijs wellicht een belemmering vormt om van de normen kennis te nemen – acht zij de kenbaarheid voldoende verzekerd als de normen ter inzage liggen en zonder belemmering geraadpleegd kunnen worden. NEN-normen liggen ter inzage in de bibliotheek van het Nederlands Normalisatie Instituut; bovendien kunnen zij soms ook worden ingezien bij het bestuursorgaan waar de benodigde vergunningen moeten worden aangevraagd.²⁰²

Op grond van nieuw wetgevingsbeleid worden per 1 januari 2012 echter in bepaalde gevallen normalisatienormen waarnaar in wetgeving is verwezen, kosteloos ter beschikking gesteld. Het kabinet neemt voor de verwijzing naar normalisatienormen tot uitgangspunt dat in wetgeving zoveel mogelijk op *niet-dwingende* wijze naar dit soort normen wordt verwezen. Op niet-dwingende wijze wil zeggen dat de betrokkene niet verplicht is zich conform de normalisatienorm te gedragen, maar dat hij ook op een alternatieve wijze aan de wet kan voldoen; in dat geval levert gedrag conform de normalisatienorm (slechts) een bewijsvermoeden op dat de betrokkene zich aan de wettelijke voorschriften heeft gehouden. Wanneer evenwel door de wetgever op *dwingende* wijze naar *nationale* normalisatienormen wordt verwezen, zorgt het kabinet ervoor dat deze normen kosteloos beschikbaar zijn.²⁰³ Hoewel niet uitgesloten is dat de betekenis van deze beleidswijziging in de praktijk betrekkelijk gering zal blijken te zijn, vormt het kosteloos beschikbaar stellen van dit soort normen in principe een ingrijpende beleidswijziging.

Het kabinet heeft aldus een beleidslijn uitgezet voor de verwijzing in wetgeving naar normalisatienormen. In de eerste plaats springt in het oog dat het kabinet veel gewicht toekent aan het onderscheid tussen normalisatienormen waarnaar op *dwingende* dan wel op *niet-dwingende* wijze is verwezen. Daarvoor is in zoverre veel te zeggen, dat het bij normalisatie bij uitstek om een vorm van zelfregulering gaat; het is derhalve begrijpelijk dat zoveel mogelijk bij het vrijwillige karakter van het gebruik van dit soort normen wordt aangesloten en dat het streven is dat er tevens zoveel mogelijk ruimte blijft bestaan om van alternatieven gebruik te maken. Tegelijkertijd kan dit onderscheid, juist voor zover het oogmerk om dit onderscheid te maken de *kennisname* dit soort normen betreft, worden gerelativeerd: om als betrokkene een weloverwogen keuze te kunnen maken – of de normalisatienormen zullen worden gevolgd dan wel of op een alternatieve manier

201 ABRvS 2 februari 2011, AB 2011, 85, m.nt. P.M.J. de Haan. Evenzo de civiele rechter: Hof 's-Gravenhage 16 november 2010, LJN BO4175 (*Knooble*). In de lagere rechtspraak werd hierover anders gedacht, zie i.h.b. Rb 's-Gravenhage 31 december 2008, JB 2009, 69, m.nt. J.H.M.F. Teunissen (*Knooble*), die een stroom van publicaties losmaakte, waaronder: R.A.J. van Gestel, 'Kenbaarheid van NEN-normen waarnaar in wetten wordt verwezen. Over het wetsbegrip, zelfregulering, 'panjurisme' en de vraag wie opdraait voor de kosten van openbaarheid', *NJB* 2009, p. 370-373 en S.A.J. Munneke, A.R. Neerhof, F.J. van Ommeren & M.R.F. Senftleben, 'De juridische status en bekendmaking van de NEN-normen waarnaar het Bouwbesluit verwijst, De wetgever aan zet', *TBR* 2009, p. 605 e.v. alsmede boven, hoofdstuk 2, § 2.4.3.

202 Zie de hiervoor genoemde Afdelingsuitspraak.

203 Nota *De kenniseconomie in zicht*, Kamerstukken II 2010/11, 27 406, nr. 193, p. 7-8.

aan de wettelijke voorschriften zal worden voldaan – is het immers nodig eerst van deze normen kennis te nemen!²⁰⁴ In de tweede plaats is voor dit kabinetsbeleid het onderscheid tussen *nationale* en *internationale* normalisatienormen relevant: uitsluitend de kosten van kennisname van de nationale normen waarnaar dwingend is verwezen, worden vergoed. Veel normalisatienormen zijn evenwel van internationale herkomst.

Voor de toekomst, althans voor wetgeving die na 1 januari 2012 tot stand is gekomen of zal komen, geeft dit nieuwe kabinetstandpunt een vrij heldere richtsnoer. Maar wat betekent dit beleid voor de reeds vóór die datum gemaakte wettelijke verwijzingen naar normalisatienormen? Op dit moment is niet steeds duidelijk op welke manier de wetgever naar normalisatienormen heeft verwezen. Daarom wordt thans de reeds bestaande wetgeving *doorgelicht* en worden eventueel overbodig geachte dwingende verwijzingen omgezet in verwijzingen van niet-dwingende aard.²⁰⁵ De keuze tussen dwingend of niet-dwingend verwijzen is een keuze die niet alleen op beleidsmatige maar ook op wetstechnische gronden wordt gemaakt. De hele exercitie illustreert dan ook een aspect van het wetgevingsbeleid dat hier al op meer plaatsen naar voren is gebracht: wetgeven is niet alleen een politiek-bestuurlijke aangelegenheid maar ook een ambacht met een sterk technisch karakter.

Deze doorlichting moet per 1 januari 2014 gereed zijn. Zie voor eerdere, meer omvangrijke doorlichtingen van bestaande wetgeving met name § 5.1.4.

5.6.5.4 *Certificatie en accreditatie*

Zelfregulering behoeft niet alleen te bestaan uit norm- of regelstelling. Ook het *toezicht en de handhaving* kan door private partijen zelf ter hand worden genomen. Een vorm van toezicht waarbij de overheid niet of slechts op (grote) afstand is betrokken, is certificatie.

Ook Ar 8 noemt certificatie (evenals normalisatie) als een vorm van zelfregulering.

Certificatie is het geheel van activiteiten op grond waarvan een onafhankelijke, deskundige en betrouwbare instelling vaststelt en schriftelijk kenbaar maakt dat er gedurende een bepaalde periode een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat dat een duidelijk omschreven object (een product, proces, systeem of de vakbekwaamheid van een persoon) voldoet aan vooraf gestelde eisen.²⁰⁶ Een certificaat is niets meer of minder dan een keurmerk, inhoudende dat het betrokken product, de aangeboden dienst of het betrokken bedrijf voldoet aan een aantal (kwaliteits)eisen. Certificatie betreft een conformiteitsbeoordeling, die kan uitmonden in een schriftelijke verklaring en – bij een positief resultaat – in een conformiteitsteken of -merk.

204 Het kabinet beoogt hiervoor een voorziening te bieden door de website van NEN een kosteloos inzicht in het toepassingsgebied, de inhoud en een samenvatting van veel normen te laten geven.

205 Nota *De kenniseconomie in zicht*, Kamerstukken II 2010/11, 27 406, nr. 193, p. 7.

206 Evers 2002, p. 22, 31. Zie ook het kabinetsstandpunt *Certificatie en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid* (Kamerstukken II 2003/04, 29 304, nr. 1, p. 25).

Een bekend voorbeeld is het EKO-keurmerk voor gecertificeerde biologische producten.

Certificerende instellingen zijn doorgaans commerciële partijen. Hoewel het in principe denkbaar is dat een certificerende instelling onderdeel uitmaakt van de overheid, komt dat in ons land vrijwel niet voor.²⁰⁷ De certificerende instellingen voeren beoordelingen uit op grond waarvan het conformiteitsteken wordt verleend. Zij voeren gedurende de looptijd periodieke controles uit op grond waarvan het conformiteitsteken wordt gehandhaafd of, indien bepaalde gebreken zijn geconstateerd, wordt ingetrokken.

Bekende voorbeelden van certificerende instellingen zijn Kema en KIWA.

Certificerende instellingen worden erkend door een *accrediterende* instelling. In Nederland is dat de stichting Raad voor de Accreditatie.

Certificatie is te begrijpen als een vorm van toezicht houden die ten dienste staat aan de handhaving van bepaalde normen. Heel vaak zijn dat *normalisatienormen*. Dat is de reden dat normalisatie en certificatie vaak in één adem worden genoemd. Vanuit een oogpunt van wetgevingsbeleid is echter minstens zo belangrijk dat certificatie ten dienste kan staan aan de handhaving van *wettelijke* normen.

Normalisatie, certificatie en accreditatie kunnen dus nauw met elkaar samenhangen, maar noodzakelijk is dat niet: zoals gezegd, kan certificatie ten behoeve van de handhaving van andere normen dan normalisatienormen worden gebruikt. Een alom geaccepteerde verzamelterm voor deze drie begrippen tezamen, is niet ingeburgerd; in de literatuur worden zij soms gezamenlijk als *validatiestelsels* aangeduid.²⁰⁸

De primaire functie van certificatie is het creëren of vergroten van vertrouwen en het wegnemen van onzekerheden. Bij certificatie ten dienste van de handhaving van wettelijke normen is de functie van de certificatie het vertrouwen te doen toenemen dat de betrokkenen zich aan de wettelijke voorschriften houden.

Dit wordt wel de *publieke functie* van certificatie genoemd. De *private functie* van certificatie is het wegnemen van onzekerheden inzake de kwaliteit van handelsrelaties. Het onderscheid is evenwel niet steeds haarscherp te maken, want certificatie kan tegelijkertijd beide functies vervullen.²⁰⁹

In het algemeen wetgevingsbeleid wordt een onderscheid gemaakt tussen drie soorten van certificatie waarbij een publiek belang aan de orde is. De rol van de wet is in deze varianten verschillend: in de eerste variant is hij geheel afwezig, in de

207 Dit neemt niet weg dat wanneer sprake is van *wettelijke* certificatie (zie hierna), de certificerende instelling toch als bestuursorgaan moet worden aangemerkt. Waarover: A.J.C. de Moor-van Vugt & F.J. van Ommeren, 'Certificering als reguleringssysteem?', *SEW* 1999, p. 89 e.v.

208 Eijlander & Voermans 1999, p. 78 en Schlössels & Zijlstra 2010, p. 729.

209 Evers 2002, p. 78-79.

tweede speelt de wet op de achtergrond een rol en in de laatste is er sprake van wettelijke certificatie. Het betreft de volgende varianten:

- de marktordeningsvariant;
- de toezichtsondersteuningsvariant;
- de toelatingsvariant.

Deze varianten worden onderscheiden in het kabinetsstandpunt 'Certificatie en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid' (2003).²¹⁰ De indeling is gebaseerd op een onderzoek, waarvan de resultaten in het kabinetsstandpunt zijn opgenomen, waarin de (op dat moment) bestaande 80 certificatieregelingen die mede gericht zijn op een publiek belang, in kaart zijn gebracht en in verschillende soorten zijn onderscheiden.

De marktordeningsvariant wordt in dat kabinetsstandpunt ook wel aangeduid als de 'zelfreguleringsvariant'. Ik acht die term echter minder gelukkig gekozen, aangezien ook bij de andere varianten sprake is van een vorm van (wettelijk geconditioneerde) zelfregulering. Ook de term 'toezichtsondersteuningsvariant' is mijns inziens niet zo sterk, aangezien hij eigenlijk te weinig onderscheidend vermogen heeft: ook bij de toelatingsvariant is sprake van toezichtsondersteuning.

De eerstgenoemde variant heeft geen relatie met wetgeving. De overheid kan in deze variant de certificatie stimuleren (via promotie of financiële ondersteuning), zodat transparantie ontstaat met betrekking tot het aanbod van bepaalde goederen of diensten in de markt waarvan de aanschaf (indirect) bijdraagt aan de realisatie van beleidsdoelstellingen als veiligheid, gezondheid of milieu. In de toezichtsondersteuningsvariant is er een relatie tussen de certificatieregeling en een wettelijk doelvoorschrift of een algemene wettelijke norm zoals een zorgplichtbepaling. De certificaten zelf hebben evenwel geen wettelijke status.

In de toelatingsvariant maakt een certificatieregeling deel uit van een wettelijke regeling. Hierbinnen wordt weer onderscheiden tussen de verplichte en de niet-verplichte certificatie.²¹¹ Bij *verplichte* certificatie is bij wettelijk voorschrift het bezit van het certificaat verplicht voorgeschreven; de wet biedt geen alternatieve mogelijkheden om aan te tonen dat aan de wettelijke eisen is voldaan.

Een voorbeeld van verplichte certificatie vormt de certificatie van arbodiensten.²¹² Artikel 2.14 Arbeidsomstandighedenbesluit schrijft voor dat een (externe of interne) arbodienst in het bezit is van een certificaat arbodienst dat is afgegeven door Onze Minister of een certificerende instelling.

Van *niet-verplichte* certificatie is sprake als de wet naast het bezit van een certificaat de ruimte biedt om op een andere manier aan te tonen dat aan de wettelijke eisen is voldaan.

Een voorbeeld van niet-verplichte certificatie biedt de certificatie van bouwproducten. Een aanvrager van een bouwvergunning kan kiezen of hij zijn bouwplan, althans voor zover het de vraag betreft of het voldoet aan de eisen uit het Bouwbesluit, laat toetsen door de gemeente of een

210 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 304, nr. 1.

211 Kabinetsstandpunt *Certificatie en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid: Kamerstukken II* 2003/04, 29 304, nr. 1, p. 21. Het onderscheid tussen verplichte en niet-verplichte (wettelijke) certificatie is eerder met name gemaakt in het MDW-rapport van A.B. Ringeling e.a., *Normalisatie en certificatie*, (Achtergrondstudies Algemeen Wetgevingsbeleid, nr. 5), Den Haag 1996, p. 42 e.v.

212 Waarover uitvoerig Evers 2002, p. 113-131.

gecertificeerd bureau. Artikel 1.7 Bouwbesluit 2003 luidt als volgt: 'Indien bij of krachtens dit besluit een eis is gesteld ten aanzien van een bouwproduct of bouwproces en daarvoor een op die eis toegesneden kwaliteitsverklaring is afgegeven op basis van een door Onze Minister erkend stelsel van kwaliteitsverklaringen voor de bouw, is aan de betreffende eis voldaan indien dat product, of dat proces overeenkomstig de kwaliteitsverklaring is toegepast.' Het bevoegd gezag is op grond van dit artikel gehouden de erkende certificaten als voldoende bewijs te accepteren: het certificaat levert een bewijsvermoeden van overeenstemming met de wettelijke eisen op.²¹³

De motieven om te kiezen voor certificatie liggen voor een belangrijk deel in het verlengde van de motieven op grond waarvan voor normalisatie wordt gekozen: zelfregulering is in deze benadering immers het vertrekpunt (adagium: 'zelfregulering waar het kan; overheidsregulering waar het moet'). Wanneer certificatie ten dienste wordt gesteld van de handhaving van wettelijke voorschriften wordt traditioneel ook een beroep gedaan op de 'herijking van publieke en private verantwoordelijkheden'.²¹⁴ Daarbij is de vooronderstelling vooral dat toezicht door certificerende instellingen minder kostbaar is, slagvaardiger en sneller kan plaatsvinden, mede doordat de certificerende instelling meer kennis en expertise in huis heeft.

Soms wordt ook expliciet de wens om te *dereguleren* als motief genoemd, in het bijzonder bij de keuze voor de bovengenoemde marktordeningsvariant.²¹⁵

5.7 Uitvoeringsgerichte instrumenten en ICT

5.7.1 Inleiding: alle fasen

Traditioneel had het algemeen wetgevingsbeleid met name aandacht voor het beleid ten aanzien van de inhoud van de wet zelf en de voorbereiding ervan. Langzaam maar zeker is echter het inzicht gegroeid dat de aandacht van het wetgevingsbeleid ook dient uit te gaan naar de uitvoering van de wet. Tegenwoordig heet het dan ook dat het wetgevingsbeleid zich bezig moet houden met 'alle fasen' van het wetgevingsproces.

Dat het wetgevingsbeleid zich moet uitstrekken tot alle fasen, is in het bijzonder tot uitdrukking gebracht in de nota 'Wetgevingskwaliteitsbeleid' (2000).²¹⁶ Het is daarna niet meer uit het wetgevingsbeleid verdwenen en heeft aan betekenis gewonnen.

Onder uitvoeringsgerichte instrumenten van het wetgevingsbeleid zijn die instrumenten te begrijpen die direct aanknopen bij de uitvoering van de wet door de normadressaat – zowel burgers, bedrijven en instellingen als de overheid – en minder voortkomen uit de inhoudelijke of beleidsmatige keuzes die de wet tot uitdrukking brengt. Een goed voorbeeld is het nieuwe instrument van de vaste

213 Waarover uitvoerig Evers 2002, p. 133-146. Zie ook: R.A.J. van Gestel, 'In de schaduw van het bestuursrecht', in: *Privaat bestuur?* (preadviezen VAR), Den Haag 2008, p. 136-137.

214 Zie bijvoorbeeld het MDW-rapport, *Normalisatie en certificatie*, p. 21.

215 Kabinetsstandpunt *Certificatie en accreditatie in het kader van het overheidsbeleid: Kamerstukken II 2003/04*, 29 304, nr. 1, p. 20.

216 *Nota Wetgevingskwaliteitsbeleid, Kamerstukken II 2000/01*, 27 475, nr. 2 p. 15.

verandermomenten (VVM). Op grond van het VVM-systeem kan de wet slechts enkele keren per jaar worden gewijzigd, en wel op een vast moment: er gelden vaste inwerkingstredingsdata voor bepaalde domeinen van wetgeving. Er geldt bovendien een redelijke invoeringstermijn en er is voorzien in tijdige en duidelijke informatievoorziening over de in voorbereiding zijnde wet- en regelgeving.²¹⁷ De gedachte hierachter is dat de normadressaat niet op uiteenlopende momenten met wetswijzigingen wordt geconfronteerd, maar dat voor zover mogelijk deze slechts enkele keren per jaar gebundeld plaatsvinden.²¹⁸ Door het gebruik van vaste verandermomenten komt de uitvoeringspraktijk minder voor verrassingen te staan en wordt een bijdrage geleverd aan het beginsel van rechtszekerheid.

Belangrijke uitvoeringsgerichte instrumenten zijn de zogeheten effectentoetsen waarmee op voorhand de te verwachten effecten van voorgenomen wetgeving worden geanalyseerd (§ 5.7.2). Een meer specifiek uitvoeringsgericht instrument betreft de reductie van administratieve lasten. Dat is een instrument dat er op gericht is de inspanningen te verminderen die de normadressaat moet leveren om te voldoen aan de informatieverplichtingen die uit de wet voortvloeien (§ 5.7.3). In het verlengde daarvan krijgt sinds kort de reductie van toezichtslasten en de nalevingskosten steeds meer aandacht (§ 5.7.4).

Een in hoog tempo steeds belangrijker wordend fenomeen is de *digitalisering* bij de voorbereiding en uitvoering van wetgeving. Vanuit een oogpunt van wetgevingsbeleid is met name van belang dat – mede omdat informatie- en communicatietechnologie op steeds meer terreinen essentieel is voor een goede en adequate uitvoering van wetgeving – reeds bij de voorbereiding van wetgeving zorgvuldig rekening dient te worden gehouden met de mogelijkheden en beperkingen van ICT (§ 5.7.5).

De toenemende aandacht voor de uitvoeringsgerichte kant met inbegrip van de betekenis van de informatie- en communicatietechnologie voor wetgeving blijkt met name uit de nota *Vertrouwen in wetgeving* (2008). In dit 'werkprogramma voor een integraal wetgevingsbeleid' wordt in het bijzonder meer aandacht gevraagd voor informatie- en communicatietechnologie bij de voorbereiding en uitvoering van nieuwe regelgeving.²¹⁹

5.7.2 Effectbeoordeling

Het is van belang de effecten die voorgenomen wetgeving naar verwachting te weeg gaat brengen, tijdig in kaart te brengen. Deze mogelijke effecten behoren uiteraard te worden betrokken bij de uiteindelijke beslissing tot vaststelling van de wet. Goede prognostische analyses kunnen inzicht geven in de verhouding tussen de gekozen wettelijke instrumenten en de met de wet beoogde doelen, in de mogelijke neven-effecten en lasten en in de te verwachten kosten en baten die de wet zal genereren.²²⁰

217 Zie reeds *Nota Vertrouwen in wetgeving*, Kamerstukken II 2008/09, 31 731, nr. 1, p. 15 en voor de uitwerking van dit systeem: *Kamerstukken II* 2009/10, 29 515, nr. 309 (Brief over vaste verandermomenten).

218 Zie voor de toepassing van het systeem van Vaste Verandermomenten hoofdstuk 7, § 7.12.3.

219 *Nota Vertrouwen in wetgeving*, Kamerstukken II 2008/09, 31 731, nr. 1, p. 8.

220 Vgl. C.M. Klein Haarhuis, 'Recht op het doel af? Over nut en noodzaak van ex-anteanalyses bij de totstandkoming van wetgeving', *RegelMaat* 2010, p. 65 e.v.

Ar 9, die betrekking heeft op de effectbeoordeling, maakt onderscheid tussen drie soorten effecten: de effecten die bijdragen aan het *doel* van de beoogde regeling, de *neveneffecten* en de *lasten* die de regeling enerzijds voor de overheid en anderzijds voor burgers, bedrijven en instellingen met zich zal brengen.

Het is beslist geen sinecure om deze effecten goed in beeld te krijgen en te benoemen. Immers, zolang de wet niet in werking is getreden en wordt toegepast, houdt een dergelijke effectbeoordeling een toekomstvoorspelling in, met alle onzekerheden die daarbij horen. Teneinde daaraan iets te doen, is er een aantal (gedragswetenschappelijke) effectentoetsen met een prognostisch karakter ontwikkeld.

In de beleidspraktijk is in plaats van 'prognostische analyse' of 'prognostisch onderzoek' de uitdrukking 'ex ante evaluatie' ingeburgerd, maar dat is zo'n paradoxale uitdrukking dat ik haar liever vermijd.

De bekendste effectentoetsen zijn de bedrijfseffectentoets (BET), de milieueffectentoets (MET) en de uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets (U&H-toets). Daarnaast bestaan er allerlei andere prognostische effectentoetsen, waaronder tamelijk specifieke die bestemd zijn voor instanties die op grond van hun wettelijke taak voorgenomen regelgeving moeten beoordelen, zoals voor het College bescherming persoonsgegevens.²²¹

De bedrijfseffecten van wetgeving zijn de beoogde en niet-beoogde gevolgen van de ontwerpwetgeving voor het bedrijfsleven, de sociaal-economische ontwikkeling en de marktwerking. De BET heeft ook betrekking op het nut en de noodzaak van voorgenomen vergunningstelsels (Toetsingskader Vereenvoudiging Vergunningen). De kosten- en batenanalyse evenals de drempels die de voorgenomen wet opwerpt voor de toegang tot (of de uitoefening van) een beroep of bedrijf, zijn belangrijke elementen van deze toets.

De milieueffectentoets heeft betrekking op de beoogde en niet-beoogde gevolgen voor het milieu. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan de effecten van de voorgenomen regelgeving voor het energieverbruik, de mobiliteit, het gebruik van en het omgaan met voorraden en grondstoffen, de gevolgen voor afvalstromen en emissies naar de lucht, bodem en oppervlaktewater alsmede het gebruik van de beschikbare fysieke ruimte.

De uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets dient ertoe de beoogde en niet-beoogde gevolgen voor de uitvoerende en handhavende organisaties in kaart te brengen. Tot deze organisaties wordt in het kader van deze toets ook de rechterlijke macht gerekend, zowel de zittende als de staande magistratuur. Belangrijk elementen zijn het in kaart brengen van de verwachte spontane naleving, de te verwachten handavingsinzet en handavingsbehoefte en de mogelijke effecten voor gefinancierde rechtsbijstand.

²²¹ Een helder overzicht van de structurele toetsing van ontwerpregelgeving biedt: L.J. Vester, 'Op zoek naar effect(en). Effectenanalyses in het Nederlandse wetgevingstraject', in: L.J. Vester & A.C.M. Meuwese (red.), *Effectenanalyse in Europees en nationaal verband* (preadviezen Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 8. e.v.

Teneinde de nalevingsgeneigdheid van een bepaalde doelgroep in kaart te kunnen brengen, is een analysemodel ontwikkeld, de zogeheten *Tafel van Elf*. Deze prognostische toets is zeer geschikt om te gebruiken bij de totstandkoming van wetgeving. Zij is gebaseerd op een groot aantal gedrags-wetenschappelijke variabelen.²²²

Een belangrijk kenmerk van deze effecttoetsen is dat de gevolgen waar mogelijk *gekwantificeerd* worden weergegeven.

Ar 256 schrijft voor dat 'in daarvoor in aanmerking komende gevallen' de gevolgen voor het bedrijfsleven, het milieu en de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid worden *gekwantificeerd*. De kwantificering is alleen nodig voor ontwerpregelgeving waarbij op deze punten substantiële effecten te verwachten zijn. Om deze regelgeving te selecteren wordt door het eerstverantwoordelijke ministerie op zijn regelgevingsvoornemens een zogeheten *quick scan* uitgevoerd.

Het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK) onderscheidt drie fasen, te weten die van de probleemanalyse, de instrumentkeuze en de gevolgenbeoordeling. De BET en de MET maken deel uit van de fase van de gevolgenbeoordeling. De U&H-toets is – opmerkelijk genoeg – geplaatst in de fase van de instrumentenkeuze.

In plaats van te spreken over toetsen voor 'effectbeoordeling' of 'gevolgenbeoordeling' van voorgenomen wetgeving wordt in Europees en internationaal verband meestal over '*Regulatory Impact Assessment*' (RIA) gesproken. De kwantitatieve benadering en de kosten-batenanalyse krijgen daarbij relatief veel nadruk. Deze zogeheten RIA's staan in de Angelsaksische wereld zelfs zozeer centraal in het wetgevingsbeleid dat de effectentoetsing van voorgenomen wetgeving aldaar voor een belangrijk deel samenvalt met de kern van het wetgevingsbeleid.²²³

5.7.3 Administratieve lasten

Onder administratieve lasten zijn te verstaan de informatieverplichtingen die wetgeving aan de normadressaat oplegt. Het kan daarbij zowel gaan om de gegevens en bescheiden die nodig zijn om aan de eisen van de wet te voldoen als om gegevens en bescheiden die nodig zijn om de naleving van de wet te controleren.²²⁴ Het voldoen aan wettelijke administratieve verplichtingen vormt een grote kostenpost voor het bedrijfsleven. Maar ook voor veel burgers (particulieren) vormt de naleving

222 *Tafel van Elf* (www.it11.nl en www.rijksoverheid.nl), waarover H.M. Prinsen & R.M.M. Vossen, 'Naleving en handhaving van regelgeving. Loont het de moeite?', *Justitiële Verkenningen* 2003, nr. 9, p. 54 e.v. Zie meer uitvoerig: hoofdstuk 12, paragraaf 12.3.

223 Vgl. Van Gestel & Hertogh 2007, p. 59 e.v., p. 65 e.v. en p. 75 e.v. en A.C.M. Meuwese, 'Impact assessment als onderdeel van een 'gemeenschappelijke wetgevingscultuur' in Europa', in: L.J. Vester & A.C.M. Meuwese (red.), *Effectenanalyse in Europees en nationaal verband* (preadviezen Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 39 e.v.

224 Voor de oplettende lezer: de in het vorige hoofdstuk aangehaalde omschrijving van administratieve lasten – uit de *Voortgangsrapportage Bruikbare rechtsorde 2005 (Kamerstukken II 2005/06, 29279, nr. 24, p. 2)* – als onderdeel van regeldruk 'de informatieverplichtingen die opgelegd worden om de naleving van de regels te controleren' is mijns inziens dus eigenlijk te beperkt.

van administratieve verplichtingen een tijdrovende aangelegenheid. Te denken valt aan de (aanvraag voor een) indicatiestelling in de gezondheidszorg, de tegemoetkoming in de kosten van naschoolse kinderopvang of de aanvraag van een bouwvergunning, om enkele willekeurige voorbeelden te geven. De inspanningen die gepleegd moeten worden om (dikwijls: over geruime tijd) de administratie die daarvoor nodig is bij te houden, moet niet worden onderschat.

Het kabinetsbeleid is tamelijk versnipperd. De Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie en de Minister van Financiën voeren beleid om de administratieve lasten van bedrijven en ondernemingen te reduceren. De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is primair verantwoordelijk voor de vermindering van de administratieve lasten van de burger.

Met name vanuit een economische invalshoek bezien vormen administratieve lasten een prangend probleem. In deze benadering zal een (publiek) belang, dat de wettelijke regel beoogt te beschermen, niet snel opwegen tegen de toename van administratieve rompslomp.

Een van de voorgenomen maatregelen is de afschaffing van de op voet van artikel 2:175 BW vereiste verklaring van geen bezwaar van de Minister van Justitie voor het oprichten van een BV. Met de verklaring van geen bezwaar is beoogd de kans op misbruik te verkleinen. Maar naar de smaak van het kabinet weegt dit belang, althans voor zover dat door middel van een dergelijke verklaring wordt behartigd, (blijkbaar) niet op tegen het nadeel van de administratieve lasten die het aanvragen ervan veroorzaakt. De te verwachten reductie van de vereenvoudiging van het BV-recht bedraagt voor 2011 51 miljoen euro.²²⁵

Er wordt sedert enige jaren stevig beleid gevoerd om de administratieve lasten van de normadressaat aanzienlijk te verminderen. Dit kabinetsbeleid heeft zowel betrekking op rijkswet- en regelgeving als op wet- en regelgeving van de decentrale overheden. Vrijwel iedere wetgevingsambtenaar krijgt er mee te maken. Menig wetsvoorstel wordt van te voren (ex ante) op de administratieve lasten getoetst.

De administratieve lasten worden op kwantitatieve wijze benaderd. Administratieve lasten zijn getalsmatig uit te drukken in de kosten die de betrokkenen moeten maken om aan de voorgeschreven informatieverplichtingen te voldoen. Met het oog hierop is het zogeheten *standaardkostenmodel* ontwikkeld. Dit is een instrument waarmee inzicht kan worden verkregen in de administratieve lasten per wet. Daardoor is het ook mogelijk om deze kosten per ministerie over een bepaalde tijdsperiode inzichtelijk en vergelijkbaar te presenteren. Uiteraard gebeurt dit ook.

Het standaardkostenmodel meet de totale administratieve lasten van een wet. Uitgangspunt vormen de kosten per nodige handeling (bijvoorbeeld het verzamelen van benodigde informatie). De kosten van de handeling van een wet bestaan uit $P * Q$. Daarbij staat P voor de kosten van een administratieve handeling en Q voor het aantal maal dat de handeling wordt uitgevoerd. Q wordt berekend door het aantal bedrijven waarop de wet betrekking heeft te vermenigvuldigen met de frequentie, dat wil zeggen het aantal maal dat een bedrijf een handeling per jaar uitvoert. Men zie het rapport: *Metten is weten. Handleiding voor het definiëren en meten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven* (Den Haag, Ministerie van Financiën, 2003). Het model is ook geschikt voor toepassing op andere betrokkenen, zoals de particulieren (burgers) en instellingen.

²²⁵ Notitie *Programma Regeldruk Bedrijven*, bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 29 515, nr. 327.

Met behulp van het standaardkostenmodel kunnen ook andere berekeningen worden gemaakt, zoals de omvang van de jaarlijkse vermindering aan administratieve lasten voor een bepaalde doelgroep. Verder is zowel politiek als beleidsmatig een heel belangrijke functie dat streefcijfers kunnen worden geformuleerd.

De kabinetten Balkenende II en III streefden naar een administratieve lastenreductie van 25% voor de gehele kabinetsperiode.²²⁶ Volgens het toenmalige kabinet werd bijvoorbeeld in 2006 voor het bedrijfsleven € 2,7 miljard (16,4 procent) bespaard.²²⁷ Uit onderzoek van de Algemene Rekenkamer bleek echter dat het resultaat voor het bedrijfsleven onvoldoende merkbaar was.²²⁸ Niettemin is de kwantitatieve benadering daarna geprolongeerd. In het regeerakkoord van het kabinet-Rutte is een kwantitatieve doelstelling geformuleerd voor de vermindering van administratieve lasten van bedrijven: tot en met 2012 een lastenreductie van 10%, voor de periode daarna een jaarlijkse reductie van 5%.²²⁹ De ambities blijven dus min of meer gelijk, maar worden tegenwoordig op jaarbasis in plaats van per kabinetsperiode uitgedrukt.

Het standaardkostenmodel is een model en als zodanig een vereenvoudigde weergave van de werkelijkheid. Er zijn nogal wat (fictieve) aannames voor nodig. De berekende kosten kunnen dan ook nogal afwijken van de werkelijke kosten. Het standaardkostenmodel is bovendien een zeer eenvoudig model. Het nadeel daarvan is dat het nogal onnauwkeurig en niet al te betrouwbaar is voor een precieze meting. Daar staat echter tegenover dat het relatief gemakkelijk kan worden toegepast.

Het standaardkostenmodel, dat in Nederland is ontwikkeld, blijkt mede vanwege zijn betrekkelijke eenvoud een goed exportartikel. Het reduceren van de administratieve lasten met behulp van het standaardkostenmodel maakt sinds 2006 onderdeel uit van het Europese Better Regulation Programma.²³⁰ Door de Wereldbank en de OESO is het model aangewezen als 'world leading', waardoor het een uiterst belangrijke benchmark vormt voor andere landen.²³¹

Nederland heeft in de vorm van een onafhankelijk adviescollege een externe waakhond, die speciaal op de reductie van administratieve lasten moet letten, genaamd 'Adviescollege toetsing administratieve lasten' (Actal). Mede vanwege een verruiming van zijn taken is dit college in 2011 omgedoopt tot 'Adviescollege toetsing regeldruk'.

In 2011 is het college omgevormd, kreeg het nieuwe taken en een permanente status.²³² Een belangrijke wijziging is dat het college in hoofdzaak de (ex ante) wetgevingstoets op administratieve lasten beëindigt. Deze dossiertoets zal door de rijksdienst zelf worden verricht. Actal zal wel controleren of de departementen dit daadwerkelijk aanpakken (de zogeheten systeemtoets).

226 Zie o.a. *Hoofdlijnenakkoord* voor het kabinet CDA, VVD, D66 van 16 mei 2003, p. 4.

227 *Kamerstukken II* 2005/06, 29 515, nr. 135 (*Voortgangsrapportage administratieve lasten voor het bedrijfsleven*).

228 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 605, nrs. 1-2, p. 5.

229 *Regeerakkoord VVD-CDA* van 30 september 2010, p. 12. Zie voor de uitwerking: *Notitie Programma Regeldruk Bedrijven*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 29 515, nr. 327.

230 Zie *A strategic review of Better Regulation in the European Union* (COM/2006/689).

231 Zie o.a. de OECD publicatie, *Cutting Red Tape. National Strategies for administrative simplification* (2006).

232 *Instellingsbesluit Actal 2011*, *Stcrt.* 2011, 12119. Vanwege de permanente status is het voornemen, op voet van art. 4 *Kaderwet Adviescolleges*, Actal in de nabije toekomst bij wet in te stellen.

Intern, bij het rijk, worden de administratieve lasten in ogenschouw genomen in het kader van de effectbeoordeling van voorgenomen regelgeving. Zij maken onderdeel uit van de al genoemde bedrijfseffectentoets (BET). Bij de Raad van State hebben de administratieve lasten een plaats in de beleidsanalytische toets, die immers mede betrekking heeft op de effecten van de wet.

De reductie van administratieve lasten kan heel goed gepaard gaan met andere technieken die gebruikt worden voor de vermindering van regeldruk. In het bijzonder valt de denken aan de techniek van de *harmonisatie van begrippen*. Door in uiteenlopende bijzondere wetten dezelfde begrippen te bezigen en daaraan dezelfde betekenis toe te kennen, behoeft minder uiteenlopende informatie te worden ingewonnen, waardoor de normadressaat (veel) administratieve lasten bespaard blijven. Een voorbeeld biedt de uniformering van het loonbegrip.

De verwachte administratieve lasten reductie door de uniformering van het loonbegrip bedraagt voor 2012 95 miljoen euro. De verwachte reductie door de vereenvoudiging van de winstaangifte inkomstenbelasting bedraagt voor hetzelfde jaar 144,3 miljoen euro.²³³

5.7.4 Toezichtslasten en nalevingskosten

Het kabinet-Rutte is voornemens om de kwantitatieve benadering uit te breiden en niet meer uitsluitend toe te passen op de reductie van administratieve lasten in de zin van informatieverplichtingen. Ook 'inhoudelijke verplichtingen' dienen, blijkens de voornemens, onder de werking van een kwantitatieve doelstelling te worden gebracht. Nu vloeien uit wetgeving in beginsel zeer verschillende inhoudelijke verplichtingen voort. Van twee soorten verplichtingen kunnen volgens het kabinet door middel van een kwantitatieve aanpak de kosten in kaart worden gebracht: de *toezichtslasten* en de *nalevingskosten*. Met inhoudelijke nalevingskosten worden de kosten bedoeld die de betrokkenen moeten maken om aan de inhoudelijke eisen van de wet te voldoen. Nederland is 'het eerste land ter wereld' dat een programma opzet voor de reductie van bestaande nalevingskosten, aldus de verantwoordelijke Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.²³⁴

Het gevolg van deze uitbreiding is dat de kwantitatieve doelstelling nu ook wel wordt aangeduid als een afname van 10% 'van de administratieve lasten en regeldruk'.²³⁵ Vergt het al de nodige versimpelingen om de administratieve lasten te kwantificeren, voor de nalevingskosten wordt dit nóg ingewikkelder en zal de realiteit, naar valt te verwachten, nog meer geweld moeten worden aangedaan.

De toezichtslasten zijn op verschillende manieren omlaag te brengen. Door de gegevensuitwisseling tussen de (rijks)inspecties te verbeteren, behoeven betrokkenen minder vaak gegevens aan de verschillende inspecties te overleggen.

233 Notitie *Programma Regeldruk Bedrijven*, p. 2 (bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 29 515, nr. 327).

234. Notitie *Programma Regeldruk Bedrijven*, p. 3 (bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 29 515, nr. 327).

235 Aanbiedingsbrief notitie *Programma Regeldruk Bedrijven* (*Kamerstukken II 2010/11*, 29 515, nr. 327).

Hierbij doet zich wel spanning voelen met het (bestuursrechtelijke) *specialiteitsbeginsel* en het principe van de *doelgerichtheid* van de bescherming van persoonsgegevens, zoals dat onder meer in de Wet bescherming persoonsgegevens tot uitdrukking is gebracht. Principieel uitgangspunt is dat de overgedragen informatie alleen mag worden gebruikt voor het doel waarvoor het is aangeleverd. De wetgever zal hier derhalve uitdrukkelijk de reikwijdte en het oogmerk van de gegevensaanlevering moeten bepalen.

Verder kunnen betrokkenen die zich in het verleden correct gedroegen, het vertrouwen krijgen dat zij zich in de toekomst waarschijnlijk ook zo zullen blijven gedragen: zij worden 'beloond' met de toezegging dat zij minder vaak zullen worden gecontroleerd (in het jargon van de Kamer: de 'inspectievakantie').²³⁶

Dit laatste voorbeeld laat goed zien dat, hoewel de lastenreductie sterk economische drijfveren heeft, de remedie van de wijziging in de verantwoordelijkheidsverdeling – in de zin van het meer vertrouwen geven en meer verantwoordelijkheid leggen bij de normadressaat – daarmee heel goed kan samenvallen.

De vraag is uiteraard op welke terreinen en sectoren dit soort vertrouwen kan worden geschonken en het toezicht inderdaad anders vorm kan worden gegeven, zodat de toezichtslasten daadwerkelijk kunnen dalen. In de kern komt die andere toezichtsstijl neer op het meer afstand innemen door de overheid, het meer durven vertrouwen op de aangeleverde informatie, het minder uitvoeren en het minder versnipperen van de inspecties, door de verschillende soorten controles – bijvoorbeeld op arbeids-, brand-, milieu- en procesveiligheid – te bundelen. Een afweging zal moeten worden gemaakt tussen het vertrouwen dat aan de te controleren bedrijven wordt geschonken aan de ene kant en de risico's die worden gelopen als de regels niet worden nageleefd aan de andere kant. Juist hier moet men mijns inziens voorzichtig zijn met het heel in het algemeen toepassen van alternatieve uitgangspunten en principes bij het vormgeven van het toezicht op zeer uiteenlopende gevallen.

Te denken valt bijvoorbeeld aan het toezicht op gevaarlijke stoffen. Na de zware brand bij het bedrijf Chemie-Pack in Moerdijk (januari 2011) werd – niet verwonderlijk – onmiddellijk door veiligheidsexperts de kans gegrepen om erop te wijzen dat er grote bezwaren aan kleven als de aard en de stijl van het toezicht zomaar wordt veranderd.²³⁷

Ten behoeve van de uitbreiding van dit (kwantitatieve) beleid van de reductie van louter administratieve lasten naar de reductie van toezichtslasten en zelfs nalevingslasten zullen derhalve *beleidsideologische* keuzes moeten worden gemaakt, daargelaten of dit nu op grond van de remedie van het verschuiven van verantwoordelijkheden of op grond van een economisch gedreven remedie gebeurt dan wel op grond van een combinatie daarvan.

²³⁶ Notitie *Programma Regeldruk Bedrijven*, p. 6, 7.

²³⁷ Interview met veiligheidsexpert prof. B. Ale in *NRC Handelsblad* 8 januari 2011.

Het voorgaande vormt dan ook een illustratie van de analyse van Geelhoed dat als men met de vermindering van regeldruk grotere resultaten wil behalen, dit niet op een beleidsneutrale manier kan worden gerealiseerd (zie § 5 van het vorige hoofdstuk).

5.7.5 Wetgeven en informatie- en communicatietechnologie

Teneinde bij de uitvoering van een wet op een adequate wijze met ICT te kunnen werken, is het dikwijls nodig dat daarmee reeds bij het concipiëren van de wet rekening wordt gehouden. Zou dat niet gebeuren, dan wordt het later in de uitvoering vrijwel onmogelijk om optimaal van ICT gebruik te kunnen maken. Om die aansluiting te kunnen realiseren, is een nauwe samenwerking tussen wetgeving, beleid en de uitvoeringspraktijk vereist.

In de praktijk loopt die samenwerking nogal eens mis. Een berucht voorbeeld van een wetgevingsproject dat mislukte door ICT-problemen in de uitvoering is de wet *Walvis* (Wet administratieve lastenverlichting en vereenvoudiging in sociale zekerheidswetgeving), die op 1 januari 2006 in werking trad. De opzet van de wet was dat het loonbegrip – op grond waarvan belasting wordt geheven én sociale premies worden berekend – werd gestroomlijnd. Werkgevers zouden niet langer salarisgegevens aan het UWV hoeven te leveren voor de premieheffing maar uitsluitend aan de belastingdienst. De belastingdienst zou deze gegevens vervolgens doorsturen naar het UWV. In de loop van 2007 bleek dat het ICT-systeem niet werkte en de administratieve lastenreductie dus ook niet werd gerealiseerd.²³⁸

Een ander voorbeeld vormt het afblazen van het elektronisch patiëntendossier (*EPD*). In het voorjaar van 2011 stemde de Eerste Kamer niet met het wetsvoorstel in. De reden was het gebrek aan vertrouwen in de ICT-ondersteuning, in het bijzonder vanwege het risico dat persoonsgegevens onvoldoende zouden zijn beschermd.²³⁹ Dit sluit evenwel niet uit dat een dergelijk systeem, mogelijk met een andere reikwijdte, langs private weg toch tot stand zal worden gebracht; hetgeen voor de wetgever (opnieuw) de vraag doet rijzen of en in hoeverre hij daarbij wenst aan te sluiten.

Paragraaf 4.11 van de Ar (Ar 160-162b) beoogt enige waarborgen te bieden wanneer wetgeving implicaties heeft voor de informatievoorziening en gegevensverwerking. In het bijzonder wordt aan de wetgever een motiveringsplicht opgelegd – vereiste tot het opnemen van een informatie-paragraaf in de toelichting – en dient de wet voor de verwerking van persoonsgegevens een uitdrukkelijke omschrijving van de doeleinden van de gegevensverwerking te bevatten. In het verlengde van de, eerder genoemde, RIA wordt in de praktijk wel gesproken van een Privacy Impact Assessment (PIA).

De samenwerking tussen de wetgevings- en uitvoeringspraktijk is in het bijzonder noodzakelijk voor de *standaardisatie* van begrippen: wetgeven is immers een talige aangelegenheid. Teneinde bij de toepassing en uitvoering van de wet op eenduidige wijze langs elektronische weg gegevens te kunnen verschaffen, is het noodzakelijk dat de wetteksten hiervoor reeds de goede definities bevatten. Dat kan bijvoorbeeld door op XML-gebaseerde gegevensstandaarden te gebruiken bij het concipiëren van wetgeving.²⁴⁰ XML-standaarden zijn protocollen om teksten te markeren, zodat ze makkelijk digitaal te ordenen en te doorzoeken zijn. Zij bieden de mogelijkheid

²³⁸ *Kamerstukken II* 2006/07, 29 515, nr. 201. Zie ook *Kamerstukken II* 2006/07, 26 448, nr. 328.

²³⁹ *Handelingen I* 2010/11, nr. 20, p. 2-20. Zie ook *Kamerstukken I* 2010/11, 31 466, nr. Z (Wijziging van de Wet gebruik burgerservicenummer in de zorg in verband met de elektronische informatie-uitwisseling in de zorg).

²⁴⁰ XML staat voor eXtensible Markup Language. Het wordt veel gebruikt voor het ontsluiten van informatie op internet.

wettelijke termen te 'vertalen' naar gegevens- en procesmodellen voor uitvoeringsorganisaties.²⁴¹ Hierdoor kunnen vereenvoudigingen en besparingen worden gerealiseerd bij het aanleveren van gegevens aan de overheid. Deze techniek maakt ook het meervoudig gebruik van eenmalig aangeleverde gegevens mogelijk.

Een voorbeeld van een (succesvol) project biedt het Nederlandse Taxonomieproject (XBRL). In het kader van dit project zijn afspraken gemaakt tussen de Ministeries van Financiën en Justitie en het bedrijfsleven over definities die in diverse wetten worden gehanteerd met betrekking tot gegevensaanlevering op financieel vlak.²⁴² Met XBRL worden aan de hand van codes de (financiële) gegevens gelabeld.²⁴³ Begrippen zoals 'activa', 'passiva' en 'brutoloon' komen in een bepaalde verhouding tot elkaar te staan waardoor de volgorde en de samenhang duidelijk worden. Dit maakt het mogelijk dat gegevens direct langs elektronische weg vanuit de administratie van de ondernemer of zijn accountant kunnen worden doorgestuurd. Aan het verzamelen en versturen van de gegevens komt dan geen mensenhand meer te pas. Deze XBRL-taxonomie ondersteunt het opmaken van jaarrekeningen, het doen van belastingaangiftes en de informatieaanlevering voor economische statistieken.²⁴⁴

Met deze elektronische standaardisatietechniek wordt dus op een zeer specifieke manier aangesloten bij de techniek van het harmoniseren van begrippen. Al met al worden hier drie belangrijke technieken van het wetgevingsbeleid met elkaar in verband gebracht en in samenhang nader gerealiseerd:

- het harmoniseren en uniformeren van begrippen;
- de toepassing van ICT; en
- de reductie van administratieve lasten.

Vanzelfsprekend zijn er voor wetgeving ook veel digitale toepassingen die buiten het kader van de uitvoeringsgerichte instrumenten vallen. Het gebruik van standaarden in ICT-toepassingen kan de totstandkoming van een wet integraal ondersteunen, van het eerste concept tot en met de uitvoering van de wet. Te denken valt aan het redigeren van wetgeving, het samenwerken aan wetgeving met andere actoren in het wetgevingsproces, de toegang tot documenten en het onderhoud van het wetgevingsbestand.

Het Ministerie van Veiligheid en Justitie heeft een programma opgezet, genaamd Legis, waarin digitale instrumenten worden ontwikkeld ter verbetering van wetgeving en het wetgevingsproces.²⁴⁵ Het betreft onder meer internetconsultatie, de digitale ondersteuning van het integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK)²⁴⁶ en de digitale stroomlijning en standaardisatie van wetgevingsprocessen.

241 *Nota Vertrouwen in wetgeving, Kamerstukken II 2008/09, 31 731, nr. 1, p. 15.*

242 *Nota Vertrouwen in wetgeving, Kamerstukken II 2008/09, 31 731, nr. 1, p. 8.*

243 XBRL staat voor eXtensible Business Reporting Language. Het is een open gegevenstandaard voor het eenvoudig samenstellen en elektronisch uitwisselen van zakelijke gegevens en rapportages via internet.

244 *Nota Vertrouwen in wetgeving, Kamerstukken II 2008/09, 31 731, nr. 1, p. 15.*

245 *Nota Vertrouwen in wetgeving, Kamerstukken II 2008/09, 31 731, nr. 1, p. 15.* Zie voor Legis voorts: www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/standaardisatie-in-het-wetgevingsproces.

246 Zie daarover het vorige hoofdstuk, §.4.1.

5.8 Slot: de remedies

5.8.1 Kritiek op de remedies

De keuze voor het meest geschikte wetgevingsinstrument is voor een belangrijk deel ingegeven door de remedies van de wijziging van de verantwoordelijkheidsverdeling en het stimuleren van marktwerking en vraagsturing. Deze remedies tegen overvloedige regeldruk zijn ideologisch gekleurd, dus het hoeft niet te verwonderen dat zij lang niet altijd door iedereen worden gedeeld en dat er de nodige kritiek op wordt geuit. Dat is immers inherent aan ideologische benaderingen. Hoewel de kritiek op verschillende wijzen worden verwoord, loopt de kritiek op beide remedies mijns inziens langs een tamelijk vast patroon.

De kritiek op het wijzigen van de verantwoordelijkheidsverdeling komt er in de kern op neer dat met behulp van deze remedie het probleem niet wordt opgelost maar slechts wordt verplaatst. Door alle nadruk op zelfregulering, subsidiariteit en kleine rechtskringen die zoveel mogelijk zelf hun eigen regels moeten opstellen en handhaven, vermindert het aantal regels in het geheel niet. Sterker nog, het aantal regels neemt toe, want op allerlei plaatsen in de samenleving worden min of meer dezelfde regels gemaakt als reactie op het uitblijven van voldoende wet- en regelgeving van overheidswege. Het verschuiven van de verantwoordelijkheidsverdeling leidt dan ook niet alleen tot een verplaatsing van het probleem, het maakt, naar valt te vrezen, het probleem van de regeldruk juist groter doordat voor de samenleving als geheel, de samenhang, uniformiteit en systematiek van de wet- en regelgeving geringer wordt. Bovendien wordt de handhaving bemoeilijkt doordat er zoveel aan de betrokkenen zelf wordt overgelaten: de oude wijsheid dat 'vreemde ogen dwingen' wordt in deze benadering teveel over het hoofd gezien.

Een voorbeeld van dit type kritiek is te vinden in het advies van de SER en vooral in een persoonlijke opinie van de voorzitter van de betrokken SER-commissie over de nota 'Bruikbare rechtsorde'. Volgens de adviesaanvraag vormde de achtergrond van de aanvraag de in die nota gewenste andere verdeling van de verantwoordelijkheden tussen overheid en burgers. De voorzitter van deze SER-commissie was het scherpst in zijn kritiek: 'In het kader van het Bruikbare rechtsorde-denken wordt de opdracht tot regelgeving 'over de schutting' gegoooid. (...) Dat leidt niet tot minder regels, vermoedelijk ook niet tot heel veel andere regels, alleen de overheid kan dan zeggen te hebben gedereguleerd, gezien vanuit de overheid. Dat lijkt mij niet de juiste benadering.'²⁴⁷

De kritiek op de invalshoek die de regeldruk vanuit een economische invalshoek wil verminderen knoopt aan bij het fenomeen liberalisering en privatisering. Liberalisering, privatisering én deregulering worden niet voor niets dikwijls in één adem genoemd.²⁴⁸ De *paradox van de deregulering* is dat deregulering dikwijls niet minder

²⁴⁷ P.F. van der Heijden, 'Bruikbare rechtsorde, of 'over de schutting'?', *NJB* 2005, p. 2083. De SER-commissie die het advies uitbracht kwam overigens niet veel verder dan dat de vermindering van regeldruk een 'weerbarstige opgave' is en dat het thema van de andere verantwoordelijkheidsverdeling een wel heel algemeen thema is dat ook onderdeel zal uitmaken van andere adviezen die bij de SER in voorbereiding zijn. Zie SER-advies nr. 05/11, Den Haag 2005.

²⁴⁸ Zie § 5.1.5.

maar meer regels vergt. Regeldrukvermindering is daarom bij voorbaat al tot mislukken gedoemd: de ervaringen met de grote liberaliserings- en privatiseringsoperaties hebben tot nu toe steeds weer laten zien dat daarvoor extra wettelijke maatregelen nodig zijn.

In essentie komt de kritiek op beide benaderingen erop neer dat deze remedies niet goed werken. Regeldruk is en blijft een hardnekkig, niet of nauwelijks op te lossen probleem van onze samenleving die naar haar aard regelgeleid of zelfs regelgestuurd is.²⁴⁹ In een hoogontwikkelde samenleving is het volgens deze kritiek dan ook vrijwel een illusie te denken dat de regeldruk kan worden verminderd. Dat blijkt ook uit het feit dat nu al meer dan twintig jaar door achtereenvolgende kabinetten is geprobeerd door middel van wetgevingsbeleid de regeldruk te verminderen, maar blijkbaar zonder succes: of het probleem nu met de ene of de andere remedie wordt aangepakt dan wel overwegend beleidsneutraal wordt benaderd, iedere keer moet worden geconstateerd dat er geen of weinig resultaat is geboekt, want waarom zou anders een nieuw kabinet wederom met dit probleem aan de slag moeten gaan?

5.8.2 *Standaardreactie op de kritiek*

In de reacties op deze kritiek valt mijns inziens eveneens een vast stramien te onderscheiden. Om te beginnen de reactie op het hiervoor als laatste gemaakte punt dat reeds uit het feit dat vrijwel ieder kabinet de regeldruk opnieuw moet aanpakken, zou blijken dat het wetgevingsbeleid van zijn voorganger heeft gefaald. Die kritiek miskent de aard en de oorzaken van regeldruk en getuigt van een te beperkte kijk op de wetgevingsmachine in de praktijk. In onze dynamische samenleving is het omvangrijke bestand van wet- en regelgeving immers voortdurend aan verandering onderhevig: er worden steeds nieuwe wetten ingevoerd, oude worden ingetrokken en – vooral – worden wetten vrijwel permanent gewijzigd. In essentie ziet deze kritiek over het hoofd dat wetgeving *voortdurend* onderhoud behoeft. Zelfs een wet die net in werking is getreden, is niet af, maar dient geëvalueerd te worden waarna zij, al dan niet op grond van die evaluatie, wordt gewijzigd en aangepast aan de nieuwe wensen van politiek en samenleving. De kritiek miskent het cyclische karakter van wetgeving.²⁵⁰ Kort gezegd, wetgeven is een permanente activiteit, die nooit af is. En dus moet ook de vermindering van regeldruk een permanente beleidsactiviteit zijn. Dit verklaart ook waarom ieder kabinet – eigenlijk ruimer: iedere wetgever – de regeldruk moet blijven aanpakken en daarvoor beleid moet blijven ontwikkelen. Uit dit permanente karakter kan dan ook niets worden afgeleid over het wel of niet slagen van dit beleid.

De standaardreactie op de kritiek dat de verantwoordelijkheidsverschuiving slechts leidt tot verplaatsing van het probleem, begint met de erkenning dat er inderdaad sprake is van een verplaatsing, maar dat die verplaatsing wenselijk is. Anders dan de critici menen, leidt een andere verantwoordelijkheidsverdeling wel degelijk tot vermindering van regeldruk. Echter, bij vermindering van regeldruk gaat

249 Zie § 4.5 van het vorige hoofdstuk voor de oorzaken van regeldruk.

250 Zie § 4.3 van het vorige hoofdstuk voor dit beleidscyclische karakter.

het niet primair om de vermindering van het aantal regels (dat zou deregulering in klassieke zin zijn), maar om de reductie van de regeldruk waaraan de normadressaat is onderworpen. Het geeft dan ook niet dat er regelverplaatsing optreedt, het is in deze benadering primair te doen om de verschuiving in verantwoordelijkheid en niet – het zij herhaald: zie ook het vorige hoofdstuk § 4.5 – om de vermindering van het aantal regels. Ten slotte verliezen de critici teveel uit het oog dat de verschuiving van de verantwoordelijkheid de legitimiteit van de regels beoogt te verhogen, hetgeen de kans op spontane naleving vergroot en bovendien om een ander soort toezicht (metatoezicht) en handhaving vraagt.

De standaardreactie op de kritiek die wordt geuit op de marktwerkingsbenadering, die inhoudt dat zij niet tot minder maar meer wettelijke regels zou leiden, loopt langs vergelijkbare lijnen. Het gaat in de marktwerkingsbenadering primair om de versterking van marktwerking, ook op terreinen waar marktwerking zich van nature niet voordoet. Het is de toename van de handelings- en keuzevrijheid van de betrokkenen, in het bijzonder van de ondernemer en de consument, waar het in deze economische benadering om te doen is. De toename van deze vrijheden – de lagere drempels om economische activiteiten te ontplooiën en de toegenomen mogelijkheden voor de consument om naar eigen smaak op velerlei terrein een passende aanbieder te kiezen – betekent vermindering van de druk die van de wettelijke regels uitgaat. Dat het aantal wettelijke regels daardoor mogelijk stijgt in plaats van daalt, is niet relevant.

De beide standaardreacties hebben gemeenschappelijk dat de critici klaarblijkelijk onvoldoende inzicht hebben in wat regeldruk is en blijkbaar vooral slechts kijken naar het kwantitatieve aspect: het aantal regels. Terwijl het daar bij regeldrukvermindering eigenlijk niet om gaat.²⁵¹ Het aantal regels is een slechte graadmeter om de vermindering van regeldruk te beoordelen. Waar het bij regeldrukvermindering daarentegen wel om gaat, is die wetgevingsinstrumenten te kiezen die er voor zorgen dat de investeringen en inspanningen van burgers, bedrijven en instellingen om zich aan de wet te houden, zo gering mogelijk zijn.

251 Zie ook § 4.5.2 van het vorige hoofdstuk.